

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Etude relative au marché et à la faisabilité quant à la mise en oeuvre d'un système alternatif de résolution en ligne des litiges. Rapport pour le SPF Economie

CHOQUET, Isabelle; EJZYN, Alain; Lazaro, Christophe; Gerard, Jacques; Poulet, Yves

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

CHOQUET, I, EJZYN, A, Lazaro, C, Gerard, J & Poulet, Y 2006, *Etude relative au marché et à la faisabilité quant à la mise en oeuvre d'un système alternatif de résolution en ligne des litiges. Rapport pour le SPF Economie*. CRID, Namur.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



**Etude relative au marché et à la faisabilité quant à la mise en
œuvre d'un système alternatif de résolution en ligne des litiges
(SPF Economie)**

Christophe LAZARO

Jacques GÉRARD

Sous la direction du Professeur Yves POULLET

(CRID)

Isabelle CHOQUET

Alain EJZYN

(ICHEC)

Avril 2006

1 TABLE DES MATIÈRES

1	Table des matières	3
2	Introduction.....	8
3	Synthèse du rapport intermédiaire	9
3.1	Entreprises et consommateurs face aux litiges	9
3.2	La PME face aux ADR	10
3.2.1	Les ADR un concept en mal de notoriété	11
3.2.2	Peu de litiges	11
3.2.3	Choix du mode de résolution des litiges	11
3.2.4	De la médiation, oui mais... de première ligne	14
3.2.5	Des actions de sensibilisation	14
3.2.6	Des litiges différents du B2C.....	15
3.2.7	Intérêt limité pour le recours aux ODR.....	15
3.3	Quelques réflexions	15
3.3.1	Une nécessaire harmonisation.....	16
3.3.2	ADR/ODR un ensemble de solutions et un système qui se cherche.....	17
4	Analyse des ODR existants.....	19
4.1	Introduction et méthodologie.....	19
4.2	Les ODR Analysés.....	20
4.2.1	American Arbitration Association	21
4.2.2	Better Business Bureau – BBBonline	24
4.2.3	Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale Milano – RisolviOnline.....	27
4.2.4	Cybersettle	30
4.2.5	i-Courthouse.....	33
4.2.6	eConsumer.org.....	36
4.2.7	MARS - Mediation Arbitration Resolution Service	38
4.2.8	Médiateur du Net	41
4.2.9	National Arbitration Forum	44
4.2.10	Nova Forum (iVentures).....	47
4.2.11	DER INTERNET OMBUDSMANN (Ombudsman.at).....	50
4.2.12	Online Confidence	52
4.2.13	Trust-e	58

Webassured.com	61
4.3 Analyse transversale	64
4.3.1 Champs d'application matériel	64
4.3.2 Champs d'application territorial	64
4.3.3 Champs d'application personnel	65
4.3.4 Payant / gratuit	67
4.3.5 Champs d'application matériel	68
4.3.6 Types de service.....	68
4.3.7 Litiges & secteurs	69
4.3.8 Financement.....	70
4.3.9 Labellisation.....	70
4.4 Conclusions.....	71
5 Analyse juridique.....	74
5.1 Introduction.....	74
5.1.1 Remarques liminaires.....	74
5.1.2 Les objectifs de la loi du 21 février 2005 : quelques lignes directrices	76
5.1.2.1 Le régime de la “médiation volontaire”	76
5.1.2.2 Les autres objectifs de la loi.....	78
5.2 Les interactions de la plate-forme d’ODR	79
5.2.1 Les relations avec les destinataires du service	79
5.2.1.1 Les services d’aide à la clientèle.....	79
5.2.1.2 La saisine d’un service d’ODR.....	82
5.2.1.3 La formulation et la gestion des plaintes	89
5.2.1.4 Transparence et efficacité de la plate-forme.....	92
5.2.2 Les relations avec les médiateurs.....	98
5.2.2.1 La qualité des médiateurs.....	99
5.2.2.2 Les obligations des médiateurs	106
5.2.2.3 Le statut des médiateurs au sein d’une plate-forme d’ODR.....	110
5.2.3 Les relations avec ADR “traditionnels”	118
5.2.3.1 Les avantages offerts par une plate-forme d’ODR : un bref rappel.....	118
5.2.3.2 Les modalités d’intégration des ADR traditionnels au sein de la plate-forme	119
5.3 L’ODR en tant que service de la société de l’information.....	125
5.3.1 La prestation d’un service de la société de l’information	125

5.3.1.1	Le champ d'application de la loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.....	126
5.3.1.2	L'identification du prestataire de service.....	133
5.3.1.3	La conclusion de contrats par voie électronique.....	135
5.3.1.4	Remarques finales.....	141
5.3.2	La sécurité des informations	142
5.3.2.1	Introduction.....	142
5.3.2.2	La transmission et la conservation des informations	144
5.3.2.3	L'identification des parties	148
5.3.3	la protection des données à caractère personnel	150
5.3.3.1	Introduction.....	150
5.3.3.2	Sécurité et confidentialité	152
5.3.3.3	Le régime de protection	153
5.3.3.4	Traitements invisibles et mesures techniques de collecte.....	157
5.3.3.5	La publication d'une "police vie privée"	158
5.4	Le processus de résolution	161
5.4.1	Quelques principes généraux	161
5.4.1.1	Le principe de confidentialité	161
5.4.1.2	La représentation des parties.....	168
5.4.1.3	La durée du processus de résolution	169
5.4.2	Le déroulement du processus de résolution	174
5.4.2.1	Introduction.....	174
5.4.2.2	La phase de négociation.....	177
5.4.2.3	La phase de médiation	178
5.4.2.4	La phase de recommandation.....	180
5.5	La problématique de l'effectivité.....	181
5.5.1	Propos liminaires	181
5.5.1.1	L'exécution de l'accord issu du processus de résolution.....	181
5.5.1.2	La qualification juridique de l'accord issu du processus de résolution	182
5.5.1.3	Vers une effectivité "institutionnelle"	184
5.5.2	L'autorégulation : label et code de conduite.....	188
5.5.2.1	De quelques principes	188
5.5.2.2	Un régime à double vitesse	192
5.5.2.3	Les sanctions.....	195

5.5.2.4	Charte de bonne conduite pour le processus de résolution	198
5.6	L'impact de la loi du 21 février 2005 sur la pratique de l'ODR.....	202
5.6.1	Le formalisme relatif au protocole et à l'accord de médiation	202
5.6.1.1	Introduction.....	202
5.6.1.2	L'approche fonctionnelle.....	204
5.6.1.3	La portée des formalités.....	211
5.6.2	Les autres formalités	219
5.6.3	Remarques finales.....	221
5.7	Conclusions.....	224
5.7.1	Quelques précisions sur la notion d'ODR	224
5.7.2	Quelques remarques sur le cadre normatif en matière d'ODR.....	225
5.7.2.1	Diffraction du cadre normatif	226
5.7.2.2	Champ d'application du cadre normatif	228
5.7.3	Vers la confiance : quelques recommandations en matière d'ODR	230
5.7.3.1	Point de vue "macro-structurel" : l'organisation de la plate-forme.....	230
5.7.3.2	Point de vue "micro-structurel" : la qualité du processus de résolution	237
6	Analyse économique.....	241
6.1	Deux modèles.....	241
6.2	Explicitation des modèles	242
6.2.1	Les sources de revenus.....	242
6.2.2	Les sources de coûts.....	245
6.2.3	Les entrées	248
6.3	Conclusions.....	250
6.4	Le Tableau de bord	250
6.4.1	Mesures de performance des ADR	250
6.4.2	Vers un système d'évaluation spécifique aux ODR	252
6.4.3	Perspective « financière »	253
6.4.4	Perspective « clients ».....	254
6.4.5	La perspective « processus internes ».....	255
6.4.6	La perspective « Recherche/Développement ».....	255
7	Conclusions techniques.....	256
7.1	L'analyse.....	256
7.2	Nos conclusions	257
8	La promotion.....	259

8.1	Phase 1 : avant le lancement du site.....	260
9	Synthèse et recommandations.....	262
10	Annexes	265
10.1	flux et diagramme des données.....	265
10.2	Grille d’analyse des solutions ODR.....	267

2 INTRODUCTION

Ce rapport s'inscrit dans le prolongement du rapport intermédiaire délivré en décembre 2005 et qui posait le cadre normatif en matière d'ADR et qui faisait le point sur les organes belges de résolution de litiges. Pour une pleine compréhension des questions abordées dans la présente partie, nous invitons dès lors le lecteur à se référer aux analyses développées au sein du rapport intermédiaire.

Dans ce rapport nous abordons la problématique de la résolution en ligne des litiges à travers un examen de diverses initiatives existantes. Ensuite nous analysons de manière plus concrète les aspects principaux relatifs à la mise en œuvre d'une plate-forme d'ODR et ce, via une analyse juridique, économique et technique. En outre, les aspects promotionnels sont abordés de manière générique.

CRID - ICHEC

Avril 2006

3 SYNTHÈSE DU RAPPORT INTERMÉDIAIRE

3.1 ENTREPRISES ET CONSOMMATEURS FACE AUX LITIGES

Dans notre précédent rapport nous avons eu l'occasion de relever le comportement habituel des agents économiques face aux litiges.

Du point de vue du rapport à la plainte, rappelons-nous que l'étude du Crioc¹ montrait que le consommateur mécontent qui annonce qu'il va porter plainte auprès de l'entreprise concernée, ne le fait souvent pas. Et de plus, s'il passe à l'acte, en fin de compte il est rarement satisfait de la solution proposée. De plus, l'étude d'Eurobaromètre² indiquait que la Belgique était l'un des pays de l'Union où le consommateur introduisait le moins plainte.

Il semble donc logique que cette situation génère l'enregistrement d'un nombre de plaintes peu élevé du côté des entreprises, et, de l'avis même de celles-ci, elles en "minimisent" l'impact vu qu'elles ne rencontrent que peu de litiges.

Par ailleurs, nous constatons des similitudes intéressantes entre les approches "consommateurs" et "entreprises" quant à l'approche et à l'utilité des systèmes ADR :

- *Même souci de favoriser l'Alternative Dispute Prevention (ADP) :*
Les organisations des consommateurs et les organisations professionnelles favorisent toutes deux l'utilisation d'un contrat type négocié au niveau sectoriel afin de prévenir les litiges.
- *Même faibles montants financiers en jeu :*
Si le montant moyen des litiges de consommation tourne autour des 100 euros, les PME elles aussi, notamment dans leurs problèmes de recouvrement de créances se retrouvent dans la tranche des montants litigieux relevant de la Justice de Paix (< 1.859,20 euros).

¹ CRIOC, « Les litiges de consommation », Bruxelles, octobre 2004.

² European Opinion Research Group EEIG , "Les citoyens de l'Union Européenne et l'accès à la justice", Eurobaromètre Spécial, 195/Vague 60.0 –, octobre 2004.

- *Même difficulté à "sensibiliser" leurs membres* tant en ce qui concerne l'adoption des ADR/ODR comme mode possible de résolution des conflits, qu'à les faire participer aux frais de procédure. Les organisations professionnelles ont de plus à se confronter à la nécessité de faire passer le message de l'intérêt d'une labellisation auprès de leurs membres, ce qui ne va pas toujours sans souci vu les implications financières.

3.2 LA PME FACE AUX ADR

A la demande du SPF³ nous avons approfondi la question spécifique des PME (plus particulièrement dans une relation B2B) face aux litiges et aux ADR.

Il est clair que le cas du conflit de la petite PME avec une autre société est du même ordre, quant au rapport de force qui s'y déroule, que le conflit entre un consommateur et une entreprise. Logiquement, il semblerait donc que tout un champ d'investigation quant à l'adoption des systèmes ADR puisse s'ouvrir au monde du B2B (de la PME en particulier).

Nous avons donc investigué sur base d'une liste remise par le SPF Economie, liste reprenant des fédérations professionnelles et diverses associations représentatives du monde de la PME. Les résultats sont assez surprenants et coïncident souvent avec les conclusions de l'étude récente menée par la FEB⁴, sur la perception et l'évaluation des systèmes alternatifs de conflits. Notons que l'étude de la FEB s'intéresse aux sociétés qui emploient au moins 50 personnes et dont le chiffre d'affaires est d'au moins 1,25 million d'euros. Par contre, les organismes que nous avons interrogés représentent souvent des petites PME avec des rentrées financières moindres.

³ Sur proposition de M. Christian Nossent les organismes professionnels suivants ont été contactés : CCI de Bruxelles, Fédération Nationale des Installateurs-Electriciens dans l'Industrie et le Bâtiment, Agoria, Fédération Belge des Transporteurs, Fédération d'Hôteliers, Restaurateurs, Cafetiers et Entreprises Assimilées de Wallonie, Fédération Royale des Industries Complémentaires de la Construction, Syndicat des Indépendants et des PME, Institut Wallon de la Médiation Economique.

⁴ FEB-VBO, VBO-enquête over perceptie en evaluatie van modellen van conflictoplossing, 16 december 2005.

3.2.1 Les ADR un concept en mal de notoriété...

De prime abord, le terme « ADR/ODR » est à peine connu (seule une personne le connaissait) dans les organisations interrogées. Quand le concept est expliqué sous les vocables de médiation, négociation, arbitrage, les personnes sondées mentionnent qu'elles connaissent un peu ces systèmes mais qu'hormis la clause d'arbitrage dans les contrats, les autres formes sont peu (voire non) utilisées de manière « formelle » au sein de leur association.

3.2.2 Peu de litiges

Un premier constat que nous retrouvons également dans l'étude de la FEB est que très peu d'entreprises considèrent avoir des conflits. A ce sujet, « plus de 90% des entreprises considèrent avoir peu à très peu de conflits avec leurs clients, leurs fournisseurs, leurs employés et entre les membres de la direction de l'entreprise. Cela vaut même pour les entreprises qui ont eu un grand nombre de conflits ces trois dernières années (c'est-à-dire 50 conflits ou plus)⁵ ». Ceci renforce notre explication du rapport à la plainte explicité plus haut.

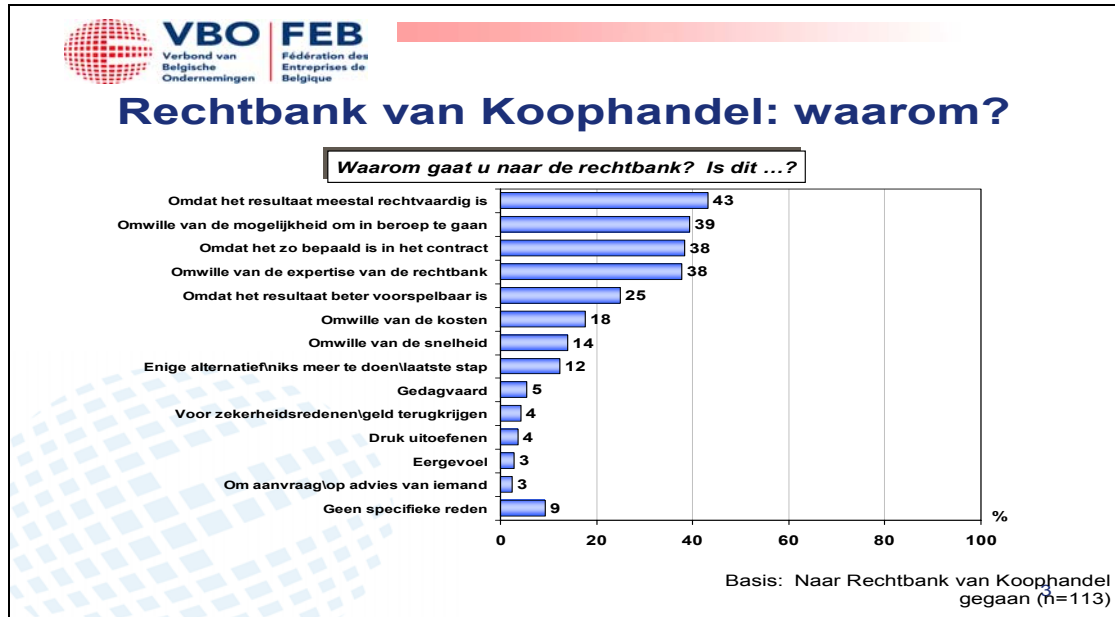
3.2.3 Choix du mode de résolution des litiges

Interrogeons-nous maintenant sur le « comment s'opère le choix du mode de résolution des conflits » ? D'une part nous verrons comment opèrent les entreprises interrogées par la FEB, et d'autre part, les choix adoptés par les fédérations professionnelles et autres associations représentatives des PME.

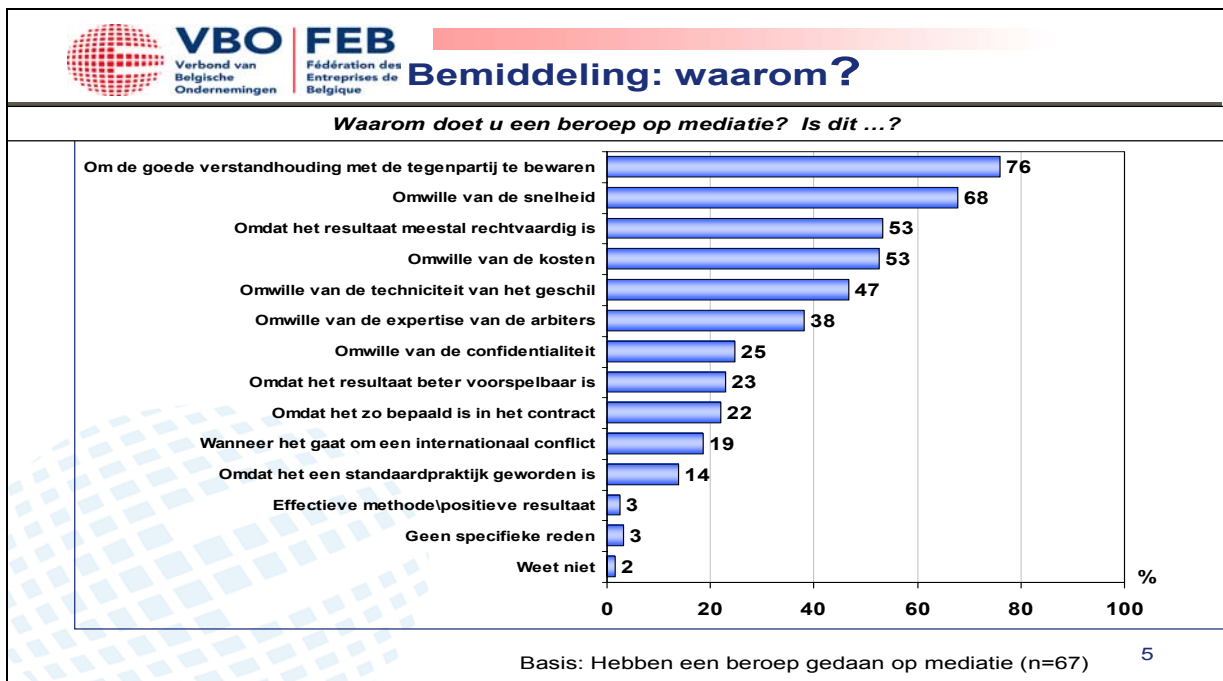
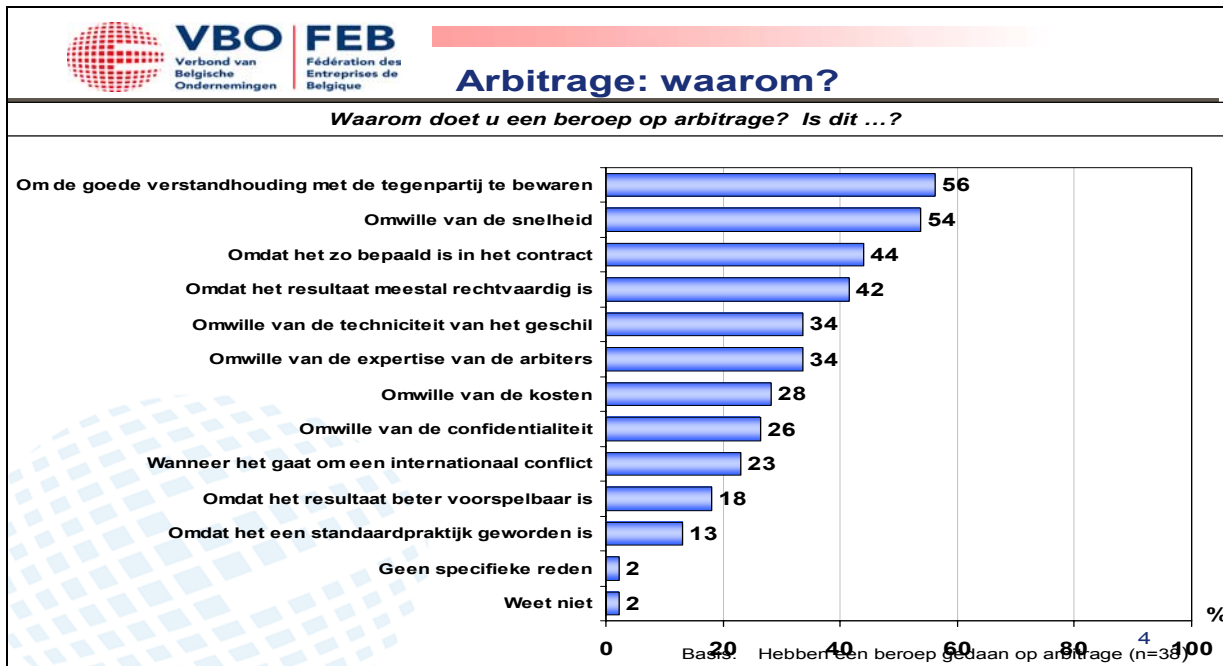
Rappelons que l'étude de la FEB ne porte pas sur la diffusion des ADR en tant que telle, mais plutôt sur ce qui pousse les entreprises à privilégier une voie plutôt qu'une autre. A cet égard, les répondants disent ne pas avoir de politique générale en la matière. Cela signifie qu'ils choisissent le mode de résolution au cas par cas (91%). Sur les trois dernières années, 2/3 des entreprises ont été confrontées à des litiges dont 25% ont été résolus par arbitrage, 40% par médiation et le solde étant réglé au travers d'une procédure judiciaire traditionnelle.

⁵ Op.cit, p.10.

Le choix du recours aux cours et tribunaux est justifié par la volonté de disposer d'un traitement « légal », d'avoir la possibilité d'aller en appel et également pour bénéficier de l'expertise du tribunal du commerce.



Par ailleurs, ce qui motive les entreprises à opter pour l'arbitrage et la médiation c'est la volonté de garder de bonnes relations avec les partenaires mais également de pouvoir accélérer la procédure.



L'étude a montré une différence significative au niveau de la perception positive entre l'arbitrage (34%) et la médiation (60%). Cet écart est également présent pour les entreprises qui ont eu recours à ces systèmes : Médiation (7,5/10), Tribunaux (6,7/10) et arbitrage (6,6/10).

Enfin, la FEB a montré que plus l'entreprise est grande, plus l'approche des problèmes juridiques est réfléchie.

3.2.4 De la médiation, oui mais... de première ligne

Les associations interrogées sont quant à elles amenées de par leur existence même, à jouer un rôle de « conseiller » auprès de leurs membres et elles possèdent généralement un service juridique propre. Nombreuses sont celles qui disent agir comme « médiateur » en tentant de trouver une solution à l'amiable dans les conflits qui opposent un de leurs membres à une autre société. Mais ici aussi la décision n'a pas de force contraignante et donc, il arrive que ce soient ces mêmes associations qui remettent le conflit dans les mains de la justice, tout en regrettant de ne pas avoir réussi à trouver une autre solution. Pour faire le lien avec notre étude précédente, les actions de médiation opérées par les fédérations relèvent donc de la « première ligne ».

Une variante plus délicate est celle où l'association est prise à partie pour gérer un conflit entre ses membres...situation où elle se retrouve « à cheval » ne voulant privilégier ni l'un ni l'autre et où elle limite son rôle à recréer des liens entre les parties. Toutefois, nombre d'associations insistent sur le fait qu'il ne faut pas avoir ni une vision trop positive, ni idéale de ce recours à la médiation : cette procédure est chronophage et nécessite un certain réalisme : les deux parties veulent-elles réellement arriver à une solution ? , le cas n'est-il pas trop complexe, etc...

3.2.5 Des actions de sensibilisation

Si ces associations ne constituent pas un ADR body, et que de plus, elles n'ont pas recours aux ADR, elles semblent néanmoins s'intéresser à la question et effectuent pour la majorité, des missions de sensibilisation auprès de leurs membres : soirées d'informations, dépliants, clauses types de médiation à insérer dans les contrats, organisation d'une journée de séminaire, articles rédactionnels...

Un autre signe de cet intérêt est la démarche proactive d'une association comme Horeca Wallonie qui collecte dossiers et informations relatives aux litiges des ses membres avec l'administration fiscale, notamment en ce qui concerne une interprétation erronée d'une circulaire. Malheureusement jusqu'à ce jour, malgré les démarches effectuées par l'association, l'administration reste sur la défensive et ne veut rien entendre. Pour Horeca

Wallonie il conviendrait d'avoir un médiateur pour les litiges des PME avec les pouvoirs publics.

3.2.6 Des litiges différents du B2C

Un autre constat concerne les types de litiges qui sont de nature différentes qu'en B2C : Il s'agit essentiellement des litiges qui relèvent du droit social, du droit du travail, de conflits avec les caisses des indépendants, de clauses abusives dans les contrats avec les fournisseurs, de litiges avec les sous-traitants, ou encore des retards de paiement. Viennent ensuite les baux commerciaux et les litiges commerciaux. Pour l'instant on rencontre que peu de litiges qui touchent au e-commerce : à part quelques cas d'arnaques pour les annuaires sur le net.

3.2.7 Intérêt limité pour le recours aux ODR

Quant à l'intérêt de l'utilisation d'un ODR, ce dernier semble plutôt limité. Certains mentionnent l'importance de *l'oralité* de la procédure mais plus encore insistent sur le fait que les PME ont souvent un problème avec « le papier » : les contrats sont souvent signés sans faire l'objet d'une lecture complète et approfondie, la mise par écrit du litige pose le problème, non seulement en fonction du temps à y consacrer mais le recours à l'écrit risque aussi de « trop fixer » les positions des parties (et donc de ne pas faire dans la nuance...ce qui est souvent nécessaire pour aboutir à un accord). De plus, le côté pratique que pourrait représenter l'ODR est contré par la procédure d'encodage du document : les PME n'ont pas le temps et ne sont pas assez « structurées » que pour se contraindre à un tel type d'exercice... Le service juridique d'Agoria indique quant à lui, que la complexité des litiges constitue aussi un frein à l'utilisation d'un ODR.

3.3 QUELQUES RÉFLEXIONS

Poser plus spécifiquement la question de la résolution alternative des litiges en termes de B2B est intéressante à plus d'un titre, et notamment en ce qui concerne l'exercice intellectuel de réflexion sur le concept de médiation.

En effet, si nous poursuivons notre réflexion quant aux différentes pistes qui s'ouvrent aux ADR, force est de constater que dans un contexte généralisé de crise de la justice dans

l'Union Européenne, ce dernier influence également les relations B2B notamment en ce qu'il porte préjudice aux transactions intersectorielles et transfrontalières.

3.3.1 Une nécessaire harmonisation

A la question de savoir si les initiatives à prendre en matière d'ADR/ODR pour les relations B2B devraient se limiter à un seul domaine comme le droit commercial ou le droit civil ou alors s'étendre à tous les domaines relevant de la vie des entreprises; tout comme à la question de savoir s'il convient de traiter différemment les conflits qui se régleraient via un ODR, il convient de rappeler qu'un conflit demeure un conflit quel que soit le domaine dans lequel il se produit, et les circonstances techniques qui entourent la relation.

Mais une distinction peut s'opérer quant à la nature du conflit ou/et la nature des intérêts en jeu.

Partons maintenant du postulat de la nécessité d'une harmonisation européenne quant aux principes minimums pour la création et l'utilisation des ADR. Si tout ADR doit être établi dans l'Union sur base de principes identiques, les diverses initiatives prises dans les pays de l'Union devraient elles aussi, répandre un sentiment positif vis-à-vis des ADR et ce, tant pour les particuliers que pour les entreprises et le monde judiciaire, -tous frileux voire réticents- par rapport à cette démarche aujourd'hui⁶.

Partir d'une base commune à tous les ADR dans l'Union avec des adaptations éventuelles qui tiendraient compte des spécificités sectorielles semble un minimum indispensable. De plus dans le cadre spécifique du B2B, rappelons l'obligation du respect du principe de confidentialité, véritable clé d'un futur succès de ces systèmes auprès des entreprises.

⁶ « Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits », Position paper, Eurocommerce, octobre 2002.

Cette approche « mélange » deux facettes de la médiation :

- une approche verticale où le médiateur est essentiellement en lien avec des recommandations et des normes, et que nous pourrions rattacher ici au cadre européen voire national.
- une approche horizontale où le médiateur cherche essentiellement à recréer des liens entre les parties, approche qui se situe ici dans le conflit et où le médiateur facilite la restauration des relations tout en veillant au respect des principes de base de la médiation.

Notons que les organisations professionnelles sont plus dans une approche « verticale » et voient dans le recours aux ADR/ODR un instrument de régulation du secteur.

Enfin, afin de répondre définitivement à la question de savoir si les ADR/ODR sont LA solution dans les litiges B2B pour les PME, il conviendrait de réfléchir à la nécessité d'une évaluation qualitative de ces pratiques de médiation et décider de(s) la perspective(s) choisie(s) quant à l'utilisation qui sera faite de cette évaluation...

3.3.2 ADR/ODR un ensemble de solutions et un système qui se cherche

Comment expliquer la "tiédeur" des organisations professionnelles à l'égard des ADR/ODR ? Il est étonnant que dans le cadre des mutations tous-azimuts de la vie économique d'aujourd'hui, ces dernières ne vont généralement pas plus loin que les actions de sensibilisation aux systèmes alternatifs.

Nous pensons que favoriser plus amplement le recours aux ADR/ODR impliquerait pour ces dernières une redéfinition de leur rôle et de leur valeur ajoutée vis-à-vis de leurs membres. Qu'on envisage ici par exemple, une réorganisation du service juridique de l'association, le recours à des médiateurs extérieurs, la négociation de contrats sectoriels paritaires ou encore des membres qui "se prennent" en charge à travers la gestion de leurs litiges...à divers niveaux se jouent ici des relations de pouvoir et des rapports de forces qui ne souhaitent peut-être pas être remis en cause....

Par contre, les organisations de consommateurs moins soumises à ce type redéfinition de leurs missions font preuve d'une grande créativité et sont très proactives en la matière. Pour

preuve, nous nous référerons à l'initiative « Total Services » de test achat, développé dans le rapport précédent. Cette initiative représente non seulement un avantage pour les membres de l'association, mais aussi pour l'ensemble des consommateurs.

Par ailleurs, si les ADR/ODR présentent une large gamme de solutions possibles, les organisations professionnelles restent très réalistes et indiquent qu'il faut nécessairement une volonté claire des parties d'aboutir à un accord...dans le cadre de relations « one shot » c'est rarement le cas, précisent-elles. Elles préfèrent donc conseiller à leurs membres de travailler en amont de la relation commerciale plutôt que de devoir elles ensuite "perdre du temps" dans des procédures qui n'aboutiront probablement pas.

Nonobstant cette position de retrait, il nous semble essentiel de travailler en amont et en aval de la survenance du litige. A cet égard, relevons que pour certaines entreprises, plus que les litiges commerciaux, c'est le manque de dialogue avec l'administration fiscale qui pose problème.

4 ANALYSE DES ODR EXISTANTS

4.1 INTRODUCTION ET MÉTHODOLOGIE

L'objet de cette partie est double. Il s'agit d'abord de relever les ODR en activité et ensuite d'examiner les systèmes les plus intéressants pour notre étude.

Pour établir la liste des ODR que nous avons étudiés, nous nous sommes basés sur diverses sources documentaires :

- OCDE, « Mécanismes alternatifs de règlement des litiges (marl) en ligne pour les litiges transfrontières entre PME », 2ème conférence de l'OCDE des ministres en charge des petites et moyennes entreprises (Pme), Istanbul, Turquie 3-5 juin 2004 ;
- Thomas Schultz, "Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues", University of Geneva, Geneva, 2001.
- Conley Tyler et Di Bretherton, "Research into online ADR ", The University of Melbourne, 2003 ;
- Center for information technology and dispute resolution, "List of ODR provider" (<http://www.odr.info/providers.php>).

Comme certains de ces sources dataient de plusieurs années, la démarche suivante a consisté à vérifier si ces services étaient toujours en activité. Nous avons constaté qu'un nombre très important des ces ODR avaient soit disparu, soit n'étaient plus actifs. A ce propos, nous aurions aimé analyser les causes de ces disparitions, mais ces systèmes n'étant plus actifs et qui plus est situés dans la plupart des cas aux Etats-Unis, notre démarche n'a pu aboutir. En effet, il est apparu qu'il était difficile, voire impossible de remonter à la source de l'initiative. Dès lors, à défaut de pouvoir expliquer le pourquoi de la disparition de ces ODR, nous sommes contraints de mener notre étude en tentant de dégager les caractéristiques distinctives des ODR qui demeurent actifs à ce jour.

4.2 LES ODR ANALYSES

Au travers de cette analyse nous avons dégagé une base commune d'étude qui est reprise sous la forme des critères, dont nous allons préciser la portée :

- Pays : Origine géographique de l'initiative ;
- Site Web : Site Internet de référence de l'ODR ;
- Langue(s) utilisée(s) : Langue utilisée par le système et/ou langues acceptées pour introduire un dossier ;
- Types de service : Le ou les services alternatifs de résolution de conflits offerts par le système (ex. négociation, médiation, arbitrage, ...);
- Type de litige / secteur : Compétence de l'ODR en terme de secteur et/ou le type de litige (ex. enchères) ;
- Champs d'application matériel : Lieu de formation du litige (online / offline) ;
- Champs d'application territorial : Compétence territoriale de l'ODR ;
- Champs d'application personnel : Compétence de l'ODR selon la nature des relations entre les parties : B2B (entre professionnels), B2C (entre professionnels et particuliers), C2C (entre particuliers), Institutionnel (litige avec l'administration) et autres ;
- Initiative : Nature des acteurs qui ont pris l'initiative de la création de l'ODR ;
- Financement : Acteurs qui contribuent au financement de l'ODR ;
- Contribution : Contribution financière éventuelle des parties aux frais de traitement d'un litige ;
- Mécanismes de coercition : Mécanismes qui ont été retenus par l'ODR pour rendre la sentence effective ;
- Moyens de communication : Outils de communications utilisables durant la procédure (web, email, téléphone, ...) ;
- Publication des affaires résolues : Les sentences sont-elles rendues publiques ?
- Transparence du processus de résolution (oui/non?) : Le processus de résolution de conflit est-il transparent ?
- Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : La sécurité des données est-elle assurée ?
- Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : Les tiers (médiateurs) sont-ils formés pour la mission assignée ?

Examinons maintenant ces ODR à la lumière de cette grille d'analyse. Nous devons préciser que certains items n'ont pu être pris en compte faute d'information disponible. Toutefois, cela permet malgré tout de dessiner les grandes tendances en la matière.

4.2.1 American Arbitration Association



Pays : USA

Site Web : <http://www.adr.org>

Langue(s) utilisée(s) : Multilingue

Types de service : Les modes de résolution en ligne (AAA webfile) proposés ici sont la médiation et l'arbitrage. Cependant, la procédure en soi ne se fait pas en ligne mais hors ligne (càd audition en face à face avec le(s) tiers neutre). AAA propose également un service de formation et d'information en ligne ainsi qu'un service "Electronic Voting System" en ligne (élection en ligne).

Type de litige / secteur : Le système est actif dans des domaines variés : «Commercial Dispute, Construction Industry Dispute, International Arbitration Rule, Employment Arbitration Rules, Arbitration Promulgated Plan ».

Champs d'application matériel

online	offline
x	x

Champs d'application territorial

national	international
x	x

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	x	-	x	-

Initiative

Privée	Publique	Tiers
x	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
X	-	x	x	-

Le service précise: “[...] Since the legislation provided no funding for the arbitration program, the AAA and the Committee members met the costs of these activities from their own funds. The AAA agreed to waive its fees if an arbitration applicant was indigent. Moreover, every panel arbitrator agreed to serve without compensation on at least one such case each year. The AAA also agreed to provide hearing facilities without cost, and established a list of attorneys who would represent indigent parties on a pro bono basis.” “[...] Many of AAA’s accomplishments have been made through the participation of voluntary advisers from professions, trades, and businesses who serve on AAA committees and task forces.”

Contributions pour le service : Le service est payant pour la partie qui dépose la plainte. Le montant initial de base concerne les frais d'administration et dépend de 4 critères : le type de litige (ex: commercial), le montant de la transaction litigieuse, le nombre de tiers neutres sollicités (1 ou 3) et du type de processus de résolution choisi (arbitrage ou médiation). Par exemple, la résolution par médiation (avec un seul médiateur) d'un litige commercial d'un montant de 500 \$ coûte 325 \$! Le paiement se fait par carte de crédit.

Mécanismes de coercition : La décision de l'arbitre est contraignante mais elle peut faire l'objet d'un appel devant un tribunal.

Divers

Publication des affaires résolues (oui/non?) : oui

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : oui

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : oui

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : email, téléphone, fax.

4.2.2 Better Business Bureau – BBBonline



Pays : USA - Canada

Site Web : <http://www.bbbonline.org>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais

Types de service :

- Services pour le consommateur : BBB offre plusieurs services distincts (Conciliation / Médiation / "Informal Dispute Resolution"). BBB est un tiers neutre qui écoute les parties et qui émet une suggestion non-contraignante sur la façon de régler le litige. La décision rendue par l'arbitre ne devient contraignante pour les deux parties que si le consommateur accepte cette décision.
- Services pour les entreprises : Il existe des programmes de labellisation "Reliability Seal Program" et "Privacy Seal Program" (avec un sceau spécifique pour chacun). Le site offre des bases de données "BBB reports" accessibles au public sur les entreprises et les organisations caritatives locales adhérentes ou non (profile, analyses, commentaires, nombre de plaintes enregistrées, traitement des réclamations...). Il existe également un service d'information "Education Forum" sur des thèmes spécifiques (Identity Theft ..) destiné aux consommateurs et entreprises. Le site précise : " [...] We take complaints involving all types of businesses - online, offline, BBB member, non-member. We also accept complaints against charities and non-profit organizations. We primarily handle complaints relating to marketplace transactions, including advertising claims."

Type de litige / secteur : Cet ODR traite des litiges de consommation (non-livraison de biens ou services, publicités mensongères, pratiques commerciales) / Plaintes contre le vol d'identité (Identity Theft) / Protection de la vie privée / Plaintes au sujet des organismes sans but lucratif et caritatif. / Plaintes concernant la publicité destinée aux enfants / Plaintes au

sujet des nouvelles voitures / Plaintes au sujet de l'abus d'information personnellement identifiable.

Champs d'application matériel

online	offline
x	x

Champs d'application territorial

national	international
x	x (limité)

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	x	-	-	ONG (charity)

Initiative

Privée	Publique	Tiers
x	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
x	-	x	x	-

Le site précise : " [...] The CBBB (Council of Better Business Bureaus) is supported by its membership consisting of nearly 300 leading-edge national corporations, and by Better Business Bureaus and branches in over 150 locations. The CBBB and all local Better Business Bureaus are private, non-profit organizations funded by membership dues and other support [...] The BBB is a private, non-profit organization developed to monitor and report marketplace activities to the public. BBBs are licensed by the Council of Better Business

Bureaus, and governed by their own local Boards of Directors. Funding for BBB activities is primarily derived from local business support. "

Contributions pour le service : L'accès en ligne aux rapports sur les compagnies (BBB reports) est gratuit. Le montant de la contribution pour le service de labellisation varie en fonction de la taille de la compagnie adhérente (chiffre non disponible en ligne - contact BBB local pour infos).

Délais des procédures de règlement : La conciliation peut résoudre un litige en quelques semaines ou quelques jours. Pour la médiation, l'IDS et l'arbitrage, le processus de résolution ne dure en général pas plus de 40 jours.

Mécanismes de coercition : une fois la décision rendue par l'arbitre, les parties sont légalement liées à cette décision et doivent agir en conséquence. Chaque partie abandonne son droit à poursuivre l'autre en justice sauf si l'entreprise concernée ne s'exécute pas. Dans ce cas, le consommateur aura le droit "*to enforce the decision in court or pursue other legal remedies under state or federal law*". (Source: <http://www.dr.bbb.org/ComSenseAlt/bindArb.asp>)

Nombre de cas traités : En 2005 environ 1,1 million de cas traités dont 67,3% en ligne. En 2001, BBBonline a reçu environ 600 réclamations en ligne concernant les entreprises américaines ou canadiennes faites par des consommateurs situés dans 10 autres pays (245 plaintes issues d'Europe et 355 d'autres pays, l'Australie en tête avec 50 réclamations) - rapport OCDE juin 2004 "MARL en ligne pour les litiges transfrontières entre PME".

Divers

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : oui

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : Email, Fax, Courrier.

4.2.3 Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale Milano – RisolviOnline



Pays : Italie

Site Web : <http://www.camera-arbitrale.com>

Langue(s) utilisée(s) : Italien - Anglais

Types de service : Outre les prestations purement ADR (arbitrage et médiation), la Chambre d'Arbitrage Nationale et Internationale de Milan offre un service de médiation en ligne "RisolviOnline" qui permet de déposer une plainte grâce à un formulaire en ligne (voir <http://www.camera-arbitrale.com/show.jsp?page=171504>). Le site web propose également un service d'information et de formation « ADR ».

Type de litige / secteur : Litiges de consommation issus du commerce électronique principalement : " [...] The aim of RisolviOnline is to solve in a fast and inexpensive way all the commercial disputes involving consumers and/or companies, in particular those disputes arising in the Internet and the e-commerce field "

Champs d'application matériel

online	offline
x	-

Champs d'application territorial

national	international
x	-

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	x	x	-	-

Initiative

Privée	Publique	Tiers
-	x	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
-	x	-	x	-

Montant des transactions litigieuses : 0 € - 500 € < entre 500 € et 250,000 € par tranche < 250,000 € et plus.

Contributions : Le coût du service est supporté par les deux parties et ce montant varie en fonction du montant de la transaction litigieuse. Le plaignant ne paie le service qu'après avoir reçu un accord de participation à la médiation. La contrepartie ne paie que lorsqu'elle accepte la médiation.

Délais des procédures de règlement : Le calendrier de la procédure (date & heure de la session en ligne) est établi par le service.

Mécanismes de coercition : Si les parties arrivent à un accord, le médiateur rédige un document qui signé par les deux parties et qui devient un nouveau contrat.

Nombre de cas traités : 2002 à 2004 : 82 cas traités (cfr fichier "Risolvionline statistics.pdf" pour plus de détails - secteurs, nationalités des parties, online/offline, classement par champs d'application personnel, ...)

Divers

Publication des affaires résolues (oui/non?) : oui

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : oui

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : oui

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : chatroom – emails.

4.2.4 Cybersettle



Pays : USA

Site Web : <http://www.cybersettle.com>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais

Types de service : Cybersettle propose un service de négociation automatique via un système de "double-blind bid" breveté par la compagnie (Method Patent No. 6,330,551) qui consiste en trois "rounds" de négociation. Les parties en négociation peuvent introduire de manière confidentielle trois montants qui seront tour à tour confrontés avec ceux de la contrepartie. Un accord ne sera conclu que lorsque l'offre et la demande se situent à l'intérieur d'une marge acceptable ; dès lors sera calculée une moyenne des deux propositions et une décision finale (contraignante) sera rendue. A cela s'ajoute un autre service appelé "Telephone Facilitation Service" qui implique l'intervention d'un tiers "facilitateur" dont le rôle s'apparente à celui d'un médiateur. Ce dernier processus peut être utilisé seul ou conjointement avec le service en ligne.

Type de litige / secteur : Principalement les litiges dans le domaine des assurances, mais aussi les dommages corporels et litiges d'emploi ("worker's compensation").

Champs d'application matériel

online	offline
-	x

Champs d'application territorial

national	international
x	x

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	-	-	x	-

Initiative

Privée	Publique	Tiers
x	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
x	x	-	x	-

Cybersettle est une société dont le capital est détenu par un nombre restreint d'actionnaires dont le plus important est XL CAPITAL LIMITED (une grande compagnie d'assurance et d'investissement américaine). Cybersettle traite également les plaintes déposées contre la ville de New-York (via un organisme public spécialisé, le New York City Controllers Office). La municipalité paie à Cybersettle 100 \$ par cas résolu.

Contributions pour le service : Cybersettle s'adresse aux avocats, compagnies d'assurance, auto-assurés (entreprise), administrateurs de biens (Third Party Administrator - "a financial transaction administrator that handles the processing and paperwork for retirement plans and/or health insurance or self insurance"), municipalités et entités gouvernementales. Le plaignant doit donc forcément être représenté car seulement les avocats et les compagnies d'assurance peuvent participer au processus. Pour les avocats, la contribution varie en fonction du montant litigieux et s'élève à 100 \$ pour les montants inférieurs à 5000 \$ (puis

par tranche). Pour les compagnies d'assurance, ce montant est déterminé au cas par cas. Enfin de manière générale, les contributions ne sont payables que lorsque qu'un accord est atteint ("success" fee).

Mécanismes de coercition : L'issue de la négociation est contraignante. En effet, en acceptant de participer à Cybersettle, les parties engagées sont contractuellement liées (et cela du fait que le système de demande/offre aveugle entre les parties se base sur l'écart entre offre et demande pour arriver à un accord ; l'accord final ne peut donc être supposé insatisfaisant étant donné que ce montant reflète la volonté même des parties).

Nombre de cas traités : Dans le cas du New York City Controllers Office (entité gouvernementale utilisant le service en ligne Cybersettle) dont les plaintes concernent des litiges relevant du domaine civil (school, roadway, city property, traffic device, motor vehicle, recreation and personal injury case), sur 1199 plaintes enregistrées, 684 ont été résolues via Cybersettle (\$ 8,1 million en volume de transaction)

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : oui

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : oui

Divers

Type d'application : web-based

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : Web, email & téléphone.

4.2.5 i-Courthouse



Pays : USA

Site Web : <http://www.i-courthouse.com/>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais

Types de service : Il s'agit à ce niveau de la mise en place d'une sorte de tribunal en ligne qui permet à un jury virtuel de rendre des jugements virtuels (NB: le jury ne rend pas un verdict commun, mais plutôt des verdicts (votes) distincts). N'importe qui peut être juré, pour cela il suffit de devenir membre de iCourthouse. Ce service marche comme un forum où l'on poste des messages et il est doté d'un système de gestion des documents et informations assez élaboré. Ce service s'apparente à un arbitrage non contraignant. A cela s'ajoute un autre service appelé "JurySmart" qui permet en gros de connaître l'avis d'un jury sur un cas avant de l'introduire en procès : on soumet le cas en ligne à un jury qui examine l'affaire, pose des questions, fait des commentaires et rend un verdict. A la fin, il est possible d'acheter un rapport contenant les verdicts, questions, et profils démographiques pour 189\$ /rapport. Ce système procure l'avantage de fournir des informations utiles (points faibles/forts de l'argumentation) qui permet de mieux préparer la plaidoirie.

Type de litige / secteur : Les cas traités relèvent majoritairement de la matière civile (accident de voiture, dommages corporels, TLC - Tender Loving Care, ...)

Champs d'application matériel

online	offline
-	x

Champs d'application territorial

national	international
x	-

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
-	X	-	-	P2P

Initiative

Privée	Publique	Tiers
X	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
x	-	-	-	-

Le service en ligne iCourthouse appartient et est administré par la société PERCEPTICON (<http://www.percepticon.com/ventures/>). Cette société est une joint-venture de trois compagnies proposant des services en ligne : Nowville (www.nowville.com), JTransit, Inc. (www.jtransit.com) et IFILM (www.ifilm.com) - voir aussi la liste de clients de Percepticon sur <http://www.percepticon.com/clients/>

Contributions pour le service : Gratuit pour le plaignant ainsi que pour les jurés. Les avocats peuvent quant à eux acheter un rapport « Jurysmart » Case pour 189\$.

Mécanismes de coercition : "Le verdict collectif du jury peut ou non être contraignant » : " [...] At iCourthouse, the parties may elect either to abide by the verdict of the jurors, or to accept the verdict as advisory only (similar to non-binding arbitration) and use the result to assist in reaching a more reality-based solution through negotiation or mediation". De plus, ce système est basé sur le mécanisme du "VISA chargeback" : " [...] Currently, iCourthouse

offers contractual enforcement, in which the parties agree that the verdict will be binding. iCourthouse is developing a form of incentive based enforcement, whereby the parties use credit cards to secure enforcement of a decision. If the verdict is favorable to the Plaintiff, the amount of the verdict is charged to the defendant. If the verdict is favorable to the Defendant, a ""transaction fee"" is charged against the Plaintiff's account, and paid to the Defendant. Incentive-based enforcement mirrors the British system in which losing parties pay fees to the winner. It discourages inflated claims and it gives defendants an incentive to participate where they otherwise might ignore a claim."

Divers

Publication des affaires résolues (oui/non?) : oui

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : non

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : non

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : Toutes les communications s'effectuent par l'intermédiaire du site internet iCourthouse.

Remarques : iCourthouse ne garantit pas la sécurité des informations transmises par l'intermédiaire du site internet - " iCourthouse assumes no responsibility for the timeliness, deletion, misdelivery, or failure to store or maintain any user communications, trial books, jury verdicts or comments, or any other information or content directed to or stored at the iCourthouse website". Possibilité de collecter gratuitement un nombre illimité de verdicts. Il est cependant impossible de contrôler l'identité d'un juré mais ce système de grand nombre permet d'avoir des indications sur l'avis d'un jury potentiel. (démonstration en ligne avec login=demo et pass=demo).

4.2.6 eConsumer.org



Pays : international

Site Web : <http://www.econsumer.gov>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais - Espagnol - Allemand - Français - Coréen - Polonais

Types de service : eConsumer permet au consommateur de déposer une plainte à l'encontre d'un commerçant (en et hors-ligne) mais ce n'est toutefois pas réellement un service de résolution en ligne. Cette plainte est introduite dans une base de données internationale de plaintes appelée "Consumer Sentinel" et gérée par la Federal Trade Commission. Ces plaintes pourront être consultées par les organismes gouvernementaux d'application de la loi des pays participants : les organismes gouvernementaux utilisent ces renseignements pour déceler de nouvelles tendances, mettre au jour de nouvelles escroqueries et cibler des activités d'application de la loi sur des entreprises et des particuliers suspects (la plainte qui est soumise aidera les organismes d'application de la loi du monde entier à exercer une surveillance nécessaire sur Internet). Le site propose également un service en ligne d' "aide au magasinage en ligne" (voir directement sur econsumer.gov). Enfin, il offre aussi un service d'information pour le consommateur sur les sceaux d'approbation & dépôts fiduciaires, protections des cartes de paiement et les règlements alternatifs de litiges avec accès à un répertoire international de prestataires de services de RAL⁷ (fonction relais pour ADR existants).

Type de litige / secteur : Plaintes formulées par des consommateurs au sujet de transactions en ligne et de transactions connexes ayant une composante internationale.

Champs d'application matériel

online	offline
x	x

⁷ Règlement Alternatif de Litiges.

Champs d'application territorial

national	international
-	x

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
-	x	-	-	-

Initiative

Privée	Publique	Tiers
-	x	x

Association d'organismes de protection des consommateurs de 20 pays, représenté pour la Belgique par le SPF Économie PME, et la Federal Trade Commission pour les Etats-Unis (<http://www.econsumer.gov/francais/index.html>).

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
-	x	-	-	-

Contributions : gratuit.

4.2.7 MARS - Mediation Arbitration Resolution Service



Pays : USA

Site Web : <http://www.resolvemydispute.com>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais

Types de service : MARS offre un service ODR pour le commerce électronique, plus précisément il s'agit de la négociation automatique (deux rounds sans médiateur), de la médiation (deux rounds avec médiateur) et enfin un arbitrage contraignant (médiateur devient arbitre) si la négociation/médiation échoue. À ce service est associé un programme de labellisation "Shop with Confidence" destiné aux commerçants sur Internet. Le sceau "MARS - Shop with confidence" affiché sur le site du commerçant - qui accepte donc à l'avance de se soumettre au programme de résolution et à un code de pratiques commerciales - permet au consommateur d'accéder aux informations sur la compagnie ainsi que de déposer facilement une plainte contre celle-ci en cas de litige (le système fonctionne également avec les entreprises non-membres). Autre service proposé par MARS : "Virtual ADR" - fonctionne comme un ADR traditionnel mais avec des outils technologiques de communication avancés (video-conférence, application "Case Management System", ...).

Type de litige / secteur : Le service ODR vise exclusivement le commerce électronique de consommation (e-commerce). MARS intervient également dans litiges qui impliquent autorités et citoyens.

Champs d'application matériel

online	offline
x	x

Champs d'application territorial

national	international
x	-

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
X	x	x	x	-

Initiative

Privée	Publique	Tiers
x	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
-	-	x	x	-

Contributions pour le service : Pour le commerçant : coûts du "Shop with Confidence Seal" + service ODR = 120 \$/an, coût du médiateur/arbitre = 30 \$. Si un verdict doit être rendu 3% de commission est prélevé sur le montant de la transaction. Pour le consommateur : coûts du service ("complaint filling fees") = 10 \$/cas (n'est payé que sur réponse du commerçant).

Mécanismes de coercition : En prenant part au programme "MARS Consumer Online Dispute Resolution Assistance Program", les parties acceptent (en vertu du "Certificate of Binding Settlement") qu'en cas d'échec de la négociation-médiation, le médiateur impliqué dans l'affaire pourra rendre un verdict de nature contraignante. Si le commerçant manque à ses obligations, ce certificat pourra faire l'objet de preuve devant un tribunal traditionnel.

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : email – vidéoconférence.

4.2.8 Médiateur du Net



Pays : France

Site Web : <http://mediateurdunet.fr>

Langue(s) utilisée(s) : Français

Types de service : Médiation en ligne

Type de litige / secteur : "Le Service traite des différends impliquant l'usage de l'Internet et concernant au moins un particulier. Il doit s'agir d'un problème juridique. À ce titre, le Service est notamment compétent : pour les litiges de consommation en ligne B2C (non livraison d'un bien ou d'un service ; d'une non conformité d'un bien ou d'un service ou encore de la découverte de vices cachés sur un produit...), pour les litiges entre consommateurs (transaction qui se déroule mal entre un acheteur et un vendeur sur le site d'une plate-forme de mise en relation) et pour les litiges entre particuliers (d'atteinte au respect de la vie privée ; d'atteinte aux droits d'auteur, diffamation, injure ...)".

Champs d'application matériel

online	offline
x	-

Champs d'application territorial

national	international
x	x

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
-	x	x	-	P2P

B2C représente 94% des demandes de médiation. 61% des litiges portent sur le commerce électronique et 39% relèvent des Fournisseurs d'accès Internet.

Initiative

Privée	Publique	Tiers
-	x	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
-	x	x	-	-

Pour garantir son indépendance vis-à-vis de tout groupement d'intérêts particuliers, Le Forum des droits sur l'Internet est financé majoritairement par une subvention de l'Etat à hauteur de 7,35 millions de francs pour l'année 2001 et 1,14 million d'euros en 2002 et 2003. Le versement de cette subvention intervient dans le cadre d'une convention triennale entre l'Etat et l'association. Cette convention détermine les obligations respectives des parties et garantit le soutien public à l'association pendant trois ans. Par ailleurs, l'association reçoit des cotisations de ses membres selon un barème arrêté par le Conseil d'orientation. Les ressources de l'association (Forum des droits sur Internet) se composent donc : des cotisations annuelles de ses membres - des subventions d'organismes européen et internationaux, de l'état français, des régions et des départements - des recettes de biens vendus ("à titre accessoire") ou des prestations fournies par l'association - des dons manuels et des dons d'établissements d'utilité publique (voir .pdf "Charte d'adhésion et barème des cotisations").

Contributions pour le service : Gratuit pour tous.

Nombre de cas traités : 5.495 (entre septembre 2004 et décembre 2005). Essentiellement des litiges avec des entreprises locales. Pour les litiges extra frontaliers, le service reconnaît la difficulté d'entrer en contact avec les entreprises concernées. Dans plus de 8% des cas, le commerçant refuse le principe de la médiation.

Délais des procédures de règlement : "La durée de la médiation ne peut en principe excéder trois mois à compter de la date de commencement du processus de médiation (63% des cas); toutefois, le médiateur peut prolonger la durée du processus s'il le juge opportun et s'il obtient au préalable, l'accord des parties. La date de commencement est fixée à compter de la réception par MédiateurDuNet.fr de la décision de l'autre partie de participer au processus de médiation ».

Mécanismes de coercition : "L'accord de règlement amiable intervenu n'a pas de force contraignante. Les deux parties s'engagent néanmoins à le mettre en œuvre dans un délai raisonnable ».

Divers

Publication des affaires résolues (oui/non?) : non

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : oui

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : oui

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : *chatroom* (espace de médiation -lieu de dialogue entre les parties et le médiateur), téléphone, email (système de messagerie proposé par le site) et voie postale.

Remarques : Le médiateur met en évidence que les plaignants sont des personnes de plus en plus « actives et rodées » à l'Internet.

Une session de démonstration est disponible sur http://mediateurdunet.fr/fo/index.php?RID=23&hlp_idt=2.

4.2.9 National Arbitration Forum



Pays : USA

Site Web : <http://www.arb-forum.com>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais

Types de service : Le NAF propose trois modes de résolution de litiges : arbitrage, médiation et "Class Claim Resolution". Le service spécifiquement ODR concerne uniquement l'arbitrage qui permet une audition en ligne ("online hearing") via email ou autres moyens de communication électronique. Le service "Class Claim Resolution" s'apparente à un processus échelonné de médiation-arbitrage (phase 1 & 2) dont le but est d'aider à résoudre les conflits de nature collective ("class actions or other consolidated cases") mais reste cependant un service ADR (l'audition des témoins peut néanmoins se faire par téléphone).

Type de litige / secteur : Les litiges de consommation (définition du consommateur dans le Code of Procedure 2005 > RULE 2 L), litiges d'emploi, construction, propriété intellectuelle, immobilier, les litiges concernant les droits civils... De manière plus large, les litiges issus du commerce électronique (soit "All contracts and agreements entered into, in whole or in part, by electronic or computer communication and all transactions consummated through electronic or computer communication"), les conflits de nature collective ("class actions") et les noms de domaine (ICANN approved ODR).

Champs d'application matériel

Online	offline
X	x

Champs d'application territorial

National	international
X	-

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	x	-	x	civil

Initiative

Privés	Publique	Tiers
x	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
X	-	-	x	sponsorship

Le "strategic sponsorship" est constitué d'organisations professionnelles (entre autres *American Trial Lawyers Association* et *American Bar Association*) et d'universités - voir sur <http://www.arb-forum.com/sponsoships/>.

Montant des transactions litigieuses : Distinction entre "common claim" (< 75,000 \$) et "large claim" (75,000\$ - 5,000,000\$ ou plus). Les honoraires varient en fonction du montant du litige (pour plus de détails consulter http://www.arb-forum.com/programs/code_new/fees.asp).

Contributions : À défaut de spécification par les parties quant à la répartition des *fees*, celle-ci se fera de manière égale, que ce soit pour l'arbitrage ou la médiation. Une distinction est également effectuée entre consommateur et non consommateur ("Entity" - càd "Any association, business, company, cooperative, corporation, country, governmental unit, group, institution, organization, partnership, sole proprietorship, union or other establishment."). Les fees sont constitués du "filling fee" (pour l'introduction de la plainte et payé par le consommateur à raison de 25\$ pour les montants litigieux < 2500\$), du "commencement fee" et "administrative fee" (payé par le répondant) et le "participatory hearing fee" (audition participatoire de 250\$ pour les montants < 2500\$ payée à moitié par le consommateur). Pour plus de détails consulter http://www.arb-forum.com/programs/code_new/fees.asp.

Délais des procédures de règlement : Les procès traditionnels qui durent plus de 650 jours, ne durent en général pas plus de 100 jours avec le NAF (donc +/- 6 fois moins de temps).

Mécanismes de coercition : Le verdict de l'arbitre est contraignant (sauf si les parties en décident autrement) et la décision pourra être contestée devant un tribunal (selon le principe d'accès à la justice) ou faire l'objet d'une exécution forcée selon la règle 5M du Code of Procedure (" An Award may be enforced in any court of competent jurisdiction, as provided by applicable law. An Award or Order may be reviewed by a court with jurisdiction to determine whether the Arbitrator properly applied the applicable substantive law and whether the arbitration complied with applicable arbitration laws"). Autre particularité : si la partie impliquée ne répond pas par écrit au NAF, un verdict pourra néanmoins être rendu contre cette partie (sans son consentement). Ce système présente comme avantage de contraindre le défendeur via une sorte de pression externe à s'exécuter.

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : email - fax – téléphone.

Remarques : Le site web affiche le sceau "Reliability Seal" de BBBOnline (cfr fiche BBBOnline pour plus de détails).

4.2.10 Nova Forum (iVentures)



Pays : Canada

Site Web : <http://www.drs-adr.com>, <http://www.iventures.com>, <http://www.novaforum.com>.

Langue(s) utilisée(s) : Multilingue (Français, Anglais, Espagnol, Mandarin, Allemand, Italien et autres)

Types de service : Il y a trois services ODR : "The Electronic Courthouse", ""InsuredClaims" et "Workplace mediation". Le premier propose quatre processus de résolution différents destinés principalement aux litiges commerciaux : la médiation, l'arbitrage, le processus échelonné médiation-arbitrage ("stepped med-arb process") et le processus d'évaluation neutre ("Early Neutral Evaluation") qui s'apparente à de l'arbitrage non contraignant. Ce dernier processus implique un tiers neutre (souvent un expert) qui donne un avis non contraignant sur le cas qui lui est soumis. Le "stepped med-arb process" est le processus par défaut utilisé en cas de non spécification ou de désaccord des parties sur le processus à utiliser (remarquons que ce sont plus de 75% des cas résolus via médiation, sans recours à l'arbitrage). Les parties ont aussi la possibilité de choisir leur "Resolution Professional" (tiers neutre médiateur ou arbitre) à partir d'une "short list" et à défaut de ce choix, une personne qualifiée sera désignée d'office par le service. Quant aux services "InsuredClaims" et "Workplace mediation", ils fonctionnent à peu près de la même façon mais se concentrent exclusivement et respectivement sur les litiges d'assurance et d'emploi. Enfin, NovaForum propose également des services d'information (glossaire, articles, ..), de formation et d'éducation.

Type de litige / secteur : Toutes sortes de litiges : commercial (exportation), familial, emploi, droits de l'Homme, ...- mais principalement B2B, Assurance et Emploi.

Champs d'application matériel

Online	offline
x	x

Champs d'application territorial

National	international
x	x

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	x	-	x	P2P

Initiative

Privée	Publique	Tiers
x	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
x	-	-	x	partenariat

Parmi ses partenaires, mentionnons Alis Technologies, la Banque de développement du Canada, Bell Zinc, Decima, Dun & Bradstreet, l'Université McMaster, le Conseil national de recherches, Pollara, Presidents of Entrepreneurial Organizations et l'Université d'Ottawa. En outre, ses principaux clients sont Bell Zinc, Dun & Bradstreet - voir profil complet sur : <http://strategis.ic.gc.ca/app/ccc/search/navigate.do?language=fr&portal=1&estblmntNo=234567051134&profile=completeProfile>).

Contributions pour le service : Les parties en conflit se partagent de manière équitable la commission forfaitaire mais cette répartition pourrait être revue par arrangement ou sentence

arbitrale (ex: la restitution des commissions payées à la partie qui obtient gain de cause).

Mécanismes de coercition : Le "Rights of Appeal" et le "Rights of Review" sont des droits concédés aux parties afin qu'ils puissent, dans le premier cas, faire appel à la décision de l'arbitre devant un tribunal traditionnel, et dans le second cas, non pas faire appel à la décision mais plutôt à la conduite de l'arbitre (ex: faute de négligence) qui selon le degré de gravité de la faute, peut amener un tribunal à révoquer au final la décision de l'arbitre.

Nombre de cas traités : En 2004, 100 résolutions pour plus de 200 clients.

Divers

Publication des affaires résolues (oui/non?) : oui

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : oui

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : Les parties ont le choix d'une rencontre face-à-face ou en ligne dans la "Resolution Room" (Pour plus de détails voir document word "Electroniccourthouse - The rules of procedure", paragraphe V) .

Remarques : Très bonnes demonstration sur <https://www.electroniccourthouse.com/scw> - (login=demo et pass=demo)

4.2.11 DER INTERNET OMBUDSMANN (Ombudsman.at)



Pays : Autriche

Site Web : <http://www.ombudsmann.at/>

Langue(s) utilisée(s) : Allemand

Types de service : Résolution de litiges relatifs au commerce électronique via la médiation. En marge de ce service, la plate-forme offre également des informations pour le consommateur (des conseils pour le shopping en ligne, de standards de qualité pour un commerce en ligne fiable ainsi qu'un programme de labellisation).

Type de litige / secteur : Litiges en lien avec le commerce électronique.

Champs d'application matériel

online	offline
x	-

Champs d'application territorial

national	international
x	-

Le site précise qu'il coopère avec l'étranger, mais ne traite cependant que les litiges nationaux.

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
-	x	Limité	-	-

Initiative

Privée	Publique	Externe
X	X	-

Ombudsman est un organe neutre et indépendant qui est un projet initié par le régulateur autrichien des télécommunications avec la collaboration d'une association de consommateurs.

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
X	X	-	-	Dons

Le service est gratuit pour les parties.

Délais des procédures de règlement : le site précise sans autre forme qu'il met tout en œuvre pour assurer un règlement rapide.

Mécanismes de coercition : La publication des entreprises aux pratiques douteuses dans la Watch list.

Nombre de cas traités : Depuis 1999, le service a résolu 3250 cas et a répondu 12000 demandes supplémentaires.

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : Après un enregistrement sur la plate-forme, les parties conversent via une interface web composée de formulaires qui est la seule manière d'utiliser le système.

Remarque : Ombudsam.at adhère au label « Euro-Label » dont le propos est d'offrir plus de garanties aux consommateurs sur base d'un code de conduite européen.

4.2.12 Online Confidence

Pays : Européen

Site Web : <http://www.onlineconfidence.org>

Langue(s) utilisée(s) : Multilingue (Français - Allemand - Anglais - Italien – Espagnol)

Types de service : Le service de résolution proposé par OnlineConfidence (OC) est un processus échelonné qui propose dans un premier temps la négociation directe (via un système complètement automatisé qui contacte la contrepartie dès que la plainte est déposée et qui transmet la proposition de solution du plaignant). Si le problème n'est pas résolu à ce stade, la plaignant peut demander l'intervention d'un tiers neutre appelé "Evaluateur" dont le rôle sera d'évaluer la situation en passant en revue les faits qui ont été soumis par les parties et si besoin, en leur demandant des informations additionnelles (ce processus s'apparente à la médiation). A la fin du processus, l'évaluateur donne son avis (qui marque ainsi la fin de la procédure de résolution en ligne OC) qui apparaît sous la forme d'un "Advice". Un service de labellisation est également proposé par OC ("OnlineConfidence Trust Seal" développé pour les e-commerçants offrant des produits ou services aux commerçants et/ou consommateurs via leur site web).

Type de litige / secteur : Il n'est possible de déposer une plainte que si elle concerne un litige de consommation en ligne avec un détenteur du label OC ou avec un détenteur d'un autre label accrédité par OC. Cependant il est également possible, moyennant l'accord de la contrepartie, d'utiliser le système de résolution OC pour des litiges hors ligne.

Champs d'application matériel

online	offline
x	x

Champs d'application territorial

national	international
x	x

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	x	-	-	-

Initiative

Privée	Publique	Tiers
-	x (communautaire)	-

Online Confidence est un programme soutenu par l'UE via le programme « e-Ten ».

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
-	X (Commission)	-	x	

Contributions pour le service : L'information est non disponible pour le moment (<http://www.onlineconfidence.org/Languages/fr/r-glez-un-/Frais---pa/index.htm>).

Délais des procédures de règlement : Le temps de négociation prévu par le règlement est de 10 jours mais le plaignant peut demander une prolongation de 10 jours. Si la négociation n'aboutit à aucune solution, il peut être fait appel à un évaluateur. Ce dernier donnera son avis endéans les 15 jours à partir de nomination d'un évaluateur.

Mécanismes de coercition : L'avis de l'évaluateur ne peut se faire valoir devant un tribunal que si les parties acceptent de manière explicite d'être liées par l'accord. Si une des parties est titulaire du Sceau de confiance en ligne, elle est d'office liée par l'avis (jusqu'à un montant de 5000 Euro). Quoi qu'il en soit, les acheteurs et vendeurs impliqués dans un litige et engagés

dans une procédure ont toujours la possibilité d’avoir recours au système légal traditionnel. En effet, l’avis n’empêche pas les parties de faire trancher le litige par la justice ou toute autre instance de résolution de litige si elles le souhaitent. Les règles relatives à la prescription des actions en justice dépendent du droit national. Les parties sont ainsi avisées du fait que remplir une plainte auprès de OnlineConfidence ne remplace pas ces lois.

Nombre de cas traités : Les dernières statistiques seront en principe bientôt disponibles sur le site (voir <http://www.onlineconfidence.org/Know-more-/Latest-Sta/index.htm>).

Divers :

Publication des affaires résolues (oui/non?) : non

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : oui

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : oui

Type d'application : Système automatisé en ligne.

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : email, l'audition dans le cas de l'évaluation peut se faire en ligne.

Squaretrade



Pays : USA

Site Web : <http://www.squaretrade.com>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais

Types de service : Négociation assistée / Médiation / Arbitrage (uniquement pour certains marchés spécifiques online - BridgePath et Guru). La méthode de résolution choisie dépend du type et du "lieu" où la transaction (en ligne) s'est déroulée (eBay, eLance, Sony, VRBO, Cyberrentals, A1 vacation, ou autres). Le processus de médiation (sur demande) a pour but de favoriser la négociation assistée dans un premier temps, et de recourir à la médiation par la suite en cas d'échec. Squaretrade propose également un service de labellisation pour les vendeurs/commerçants en ligne. Enfin, un service d'information et d'aide au *shopping* en ligne ("Squaretrade Sidebar") pour les consommateurs.

Type de litige / secteur : Les litiges liés au commerce électronique (eBay, eLance), à l'immobilier et aux agences de voyage en ligne (Cyberrentals, A1 vacations, Great Vacations).

Champs d'application matériel

Online	offline
x	-

Champs d'application territorial

national	international
x	x

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	x	x	-	-

Initiative

Privée	Publique	Tiers
X	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
x	-	x	x	-

“SquareTrade is privately held and funded by leading professional investment institutions including: Weston Presidio Capital, JPMorgan Partners, Draper Richards, Argus Capital, Partners of Clayton Dubilier Rice, GIP Partners, Isis Capital, and Staenberg Private Capital; and individual investors including Esther Dyson, Thomas Layton, Derek Proudian, Steve Rehms and Donald Telage”.

Contributions pour le service : Seul le service de médiation est payant. Les prix varient en fonction du "lieu" (càd les sites web adhérents et bénéficiant du service de résolution de Squaretrade - soit A1 vacations, eLance, econsumer.gov, eBay, CA real estate, Cyberrentals, Great Vacations, Sony, VRBO - eBay étant incontestablement la plus grande réussite de Squaretrade) et par conséquent du type de litige pouvant découler de ces sites. Pour eBay, la résolution de conflits ne concerne que les "negative feedback withdrawal" dont les frais sont à charge du vendeur à raison de 29,95 \$ (prix standard) et 100 \$ pour la vente de véhicules. Pour A1 vacations et Cyberrentals (deux agences de voyage en ligne proposant la location de flat, appart, package voyage, etc...), les frais de la médiation sont à charge de la partie qui demande la médiation et le montant s'élève à 40 \$ + 5% de la transaction litigieuse. Pour les litiges immobiliers, il y a des frais d'introduction (25\$) et la médiation coûte 100\$/ heure par partie.

Délais des procédures de règlement : Un problème est résolu en moyenne de 10 à 14 jours. Dans la plupart des cas, la contrepartie répond endéans les deux semaines.

Mécanismes de coercition : Pour les montants en dessous de 10.000 \$, les parties peuvent décider à l'avance si la décision rendue par l'arbitre sera contraignante ou non. Cette décision peut faire l'objet d'un appel devant un tribunal traditionnel. L'arbitrage est administré par la American Arbitration Association ou la JAMS⁸ et les parties se soumettent aux règles établies par celles-ci.

Divers :

Publication des affaires résolues (oui/non?) : non

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : oui

Conditions à remplir par médiateur, arbitre ou personne neutre (oui/non?) : oui

⁸ <http://www.jamsadr.com/index.asp>

4.2.13 Trust-e



Pays : USA

Site Web : <http://www.truste.org>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais

Types de service : Trust-e fournit principalement un service de labellisation appelé "Truste Seal Program" pour les sites Internet en général. Ce système de certification garantit ainsi au consommateur la confidentialité des informations à caractères privés qu'il pourrait fournir au site. À ce service est associé un service de résolution en ligne pour les consommateurs qui permet de porter plainte contre un site membre (portant le sceau) qui ne respecterait pas son engagement quant à protection de la vie privée. Trust-e peut dès lors contraindre le site à apporter les changements nécessaires afin de répondre aux exigences du contrat de certification ou bien rompre ce contrat en lui retirant le(s) sceau(x).

Type de litige / secteur : Tous ce qui relève du domaine de la protection de la vie privée sur Internet (ex: spyware, spam, informations financières, publicité agressive, email, informations divulguées par des enfants de moins de 13 ans ,).

Champs d'application matériel

online	offline
x	-

Champs d'application territorial

national	international
x	x

Initiative

Privée	Publique	Tiers
x	-	-

Fondée en 1997 par Electronic Frontier Foundation (<http://www.eff.org/about/>) et Commerce.net (<http://www.commerce.net/about/>).

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
x	-	x	x	sponsorship

Il s'agit une « association sans but lucratif » dont les sponsors sont AOL, DoubleClick, Intuit et Microsoft. Concernant l'EFF, son financement provient essentiellement de dons privés : "[...] EFF is a donor-funded nonprofit and depends on your support to continue successfully defending your digital rights. Litigation is particularly expensive; because two-thirds of our budget comes from individual donors, every contribution is critical to helping EFF fight — and win—more cases").

Contributions pour le service : Le service de résolution est entièrement payé par le détenteur du sceau "Trustee Seal" comme contribution pour le service de certification dont il jouit.

Mécanismes de coercition : Trust-e ne rend pas de décision contraignante mais peut révoquer le sceau en cas de non respect des engagements ou de non réponse du détenteur et afficher un avis de révocation sur son site ainsi que sur le site membre et lui retirer ses "Trust-e Seal" si celui-ci persiste. De plus, une clause du contrat de certification permet à Trust-e de remettre un rapport sur la société auprès de la FTC (Federal Trade Commission - <http://www.ftc.gov/>). Il existe cependant une possibilité d'appel de la décision par le consommateur ou le détenteur de la licence auprès du Comité d'Appel Trust-e.

Nombre de cas traités : 2487 de "*watchdogs*" en 2005.

Divers

Publication des affaires résolues (oui/non?) : oui

Transparence du processus de résolution (oui/non?) : oui

Sécurité (cryptage), détails techniques et confidentialité (oui/non?) : oui

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : email.

Webassured.com

Pays : USA

Site Web : <http://www.webassured.com>

Langue(s) utilisée(s) : Anglais

Types de service : Service de labellisation et d'assurance pour les e-commerçants : le "WebAssured Seal of Assurance" (avec conditions d'adhésion au code de bonne conduite USE - Universal Standard of Ethics) et le "Online Purchase Protectionism". Ce dernier service consiste à offrir automatiquement à ses membres qui ont un "clean track record" d'au moins 6 mois, une couverture de 200\$ par transaction en cas de litige avec un consommateur. De plus, le système échelonné automatisé de résolution AdDResSsm (Automated Dispute Resolution System⁹) permet au consommateur d'introduire une plainte en ligne contre un site membre ou non-membre et d'obtenir ainsi réparation (financière ou non) par voie de médiation comme ultime recours (la médiation ne s'applique que pour les membres et la décision du médiateur est contraignante). Le consommateur jouit également d'un service d'information sur les e-commerçants membres (voir "Business Background Reportsm") et non-membres (voir "the database") et peut télécharger gratuitement le toolbar "ShopAssured" (service d'aide au *shopping* en ligne) qui comprend plusieurs fonctions réunies - infos sur le site, les sites similaires, introduire une plainte, évaluer un site, vérifier si le site possède une assurance - et disponibles immédiatement. Autre service : Webassured permet au consommateur de laisser des évaluations écrites ("Praise") sur des sites qu'ils jugent "bons".

Type de litige / secteur : Litiges de consommation issus du commerce électronique (paiements, produit défectueux, produit en retard, non-livraison, fausse annonce, divulgation d'informations personnelles, ...).

⁹ Plus d'informations sont disponibles sur <http://www.webassured.com/address/address3.cfm>

Champs d'application matériel

online	offline
x	-

Champs d'application territorial

national	international
x	x

Champs d'application personnel

B2B	B2C	C2C	Institutionnel	Autres
x	X	-	-	-

Initiative

Privée	Publique	Tiers
x	-	-

Financement

Privé	Pouvoirs publics	Membership	Parties au litige (uni/bilatéral)	Autres
x	-	x	x	-

Contributions pour le service : Gratuit pour le consommateur et un forfait minimum de 180\$ (pour 1 an et des revenus < 1,000,000\$) pour le commerçant. (voir tableau des honoraires sur http://www.webassured.com/merchant/member_cost.cfm).

Délais des procédures de règlement : Le processus automatisé de résolution AddResSsm est assez rapide (voir détails du processus sur <http://www.webassured.com/address/address3.cfm>)

Mécanismes de coercition : Si le processus de résolution n'aboutit pas et selon que le commerçant concerné soit membre ou non, WebAssured a le droit de révoquer le sceau qu'il a attribué (dans le premier cas), et se réserve le droit de diffuser des rapports sur les mauvais commerçants - membres ou non - à travers le monde afin que le plus de personnes soient au courant (notion de "pressure through publicity").

Nombre de cas traités : Plus de 95 % des plaintes contre un membre Webassured et 76% contre des non-membres ont été résolus grâce au service en ligne. " [...] The dues we receive from Member firms represent a sharing of the cost to providing this infrastructure [...] Annual dues paid by our Members are a demonstration of the community's commitment to keeping the Internet free of government intervention, yet reliable and trustworthy in the minds of consumers."

Moyens de communication utilisés pendant la procédure : email.

4.3 ANALYSE TRANSVERSALE

4.3.1 Champs d'application matériel

ODR	on-line	off-line
Better Business Bureau	x	x
I Courthouse		x
MARS	x	x
Nova forum	x	x
National Arbitration Forum	x	x
Trust-e	x	
Webassured.com	x	
eConsumer.org	x	x
Camera Arbitrale Nazionale	x	
Squaretrade	x	
Médiateur du Net	x	
Online Confidence	x	x
Cybersettle		x
American Arbitration association	x	x
Ombudsman.at	x	

Si la majorité des systèmes sont destinés aux litiges nés sur Internet, nombre d'ODR traitent également de litiges « traditionnels ».

4.3.2 Champs d'application territorial

Origine	ODR	National	International
AM SUD	Cibertribunal Peruano	x	x
INT	eConsumer.gov	-	x
UE	Camera Arbitrale Nazionale	x	-
UE	Médiateur du Net	x	x
UE	Online Confidence	x	x
UE	Ombudsman.at	x	x
USA	Better Business Bureau	x	x (limité)
USA	I Courthouse	x	-
USA	MARS	x	-
USA	Nova forum	x	x
USA	National Arbitration Forum	x	-
USA	Trust-e	x	x
USA	Webassured.com	x	x
USA	Squaretrade	x	x
USA	Cybersettle	x	x
USA	American Arbitration association	x	x

Généralement les organisations interviennent tant pour des litiges nationaux que transfrontaliers. Parmi ceux qui se limitent aux litiges nationaux, il n'est probablement pas surprenant de retrouver entre autres des ODR dont l'appellation indique clairement le caractère national (National Administration forum et Camera Arbitrale Nazionale). Contrairement à ce que laisse apparaître le tableau, eConsumer.gov ne résout pas de litiges à

proprement parler. Pour mémoire, il s'agit d'un système de centralisation des plaintes sans résolution.

4.3.3 Champs d'application personnel

Origine	ODR	B2B	B2C	C2C	Litiges institutionnels (pouvoirs publics)	Autre
AM SUD	Cibertribunal Peruano	x	x	x	-	
INT	eConsumer.gov	-	x	-	-	
UE	Camera Arbitrale Nazionale	x	x	x	-	
UE	Médiateur du Net	-	x	x	-	
UE	Online Confidence	x	x	-	-	
UE	Ombudsman.at	x	x	x	-	
USA	Better Business Bureau	x	x	-	-	
USA	I Courthouse	-	x	-	-	droit civil
USA	MARS	x	x	x	x	
USA	Nova forum	x	x	x	x	
USA	National Arbitration Forum	x	x	-	-	
USA	Trust-e	-	x	-	-	
USA	Webassured.com	x	x	-	-	
USA	Squaretrade	x	x	x	-	
USA	Cybersettle	x	x	x	-	droit civil
USA	American Arbitration Association	x	x	-	x	

Les litiges impliquant l'administration sont pris en charge par fort peu d'ODR. En règle générale, les organismes couvrent au minimum deux types de litiges, voire trois sans qu'une combinaison particulière n'apparaisse. Seuls deux ODR (MARS et Nova Forum) ont pour mission de résoudre tous les types de litiges (B2B, B2C, C2C et institutionnels). Trois organismes ont opté pour la carte de la spécialisation en ne résolvant que des litiges d'un seul type : eConsumer.gov qui couvre les litiges opposant un consommateur à une entreprise (il s'agit d'un ODR initié par différentes associations de protection des consommateurs) et Trust-e qui traite exclusivement des litiges relevant de " la protection de la vie privée sur Internet (spam, spyware, publicité agressive,...). A noter que Cybersettle est ouvert exclusivement aux juristes qui vont traiter les dossiers de leurs clients au travers de la plateforme."

Initiative

Origine	ODR	Privée	Publique	Publique/privée	Année création
USA	Better Business Bureau	x	-		>10 ans
USA	I Courthouse	x	-		nov-99
USA	MARS	x	-		oct-99
USA	Nova forum	x	-		juin-00
USA	National Arbitration Forum	x	-		
USA	Trust-e	x	-		
USA	Webassured.com	x	-		
INT	eConsumer.gov	x	-		
UE	Camera Arbitrale Nazionale	-	x		
AM SUD	Cibertribunal Peruano	x	-		
USA	Squaretrade	x	-		févr-00
UE	Médiateur du Net	-	-	x	sept-04
UE	Online Confidence	-	x		
USA	Cybersettle	-	-		juin-98
USA	American Arbitration Association	-	-		
UE	Ombudsman.at	-	-	x	déc-99

La plupart des ODR américains émane d'initiatives privées. En ce qui concerne les ODR européens, ils sont soit une initiative gouvernementale comme dans le cas de la Camera Arbitrale Nazionale, soit un projet d'envergure sur fonds européens (Online Confidence). Remarquons que les ODR français et autrichien ont la particularité d'avoir été mis sur pied à la fois par des acteurs issus du secteur public et du privé tout en apparaissant aux yeux du consommateur comme étant un organe institutionnel (ombudsman.at, le Médiateur du Net.fr).

Si l'on analyse les dates de mise en service des différents ODR (pour lesquels l'information était disponible), nous remarquons une certaine corrélation entre le développement du commerce en ligne aux USA d'abord et en Europe ensuite. Les ODR privés ont été mis sur pieds tant par des associations de consommateurs (BBB et eConsumer.gov) que par des associations professionnelles (Cybersettle).

4.3.4 Payant / gratuit

ODR	Consommateur	Professionnel
Better Business Bureau	G	P
I Courthouse	G (3)	
MARS	P (10\$)	P (30\$) (4)
Nova forum	P (5)	
National Arbitration Forum	P	P
Trust-e	G	P (label)
Webassured.com	G	P
eConsumer.org	G	G
Camera Arbitrale Nazionale	P	P
Cibertribunal Peruano	P	P
Square trade	P (6)	
Médiateur du Net	G	G
Online Confidence	Non disponible	
Cybersettle	P (2)	
American Arbitration association	P (1)	
Ombudsman.at	G	G

COMMENTAIRES

- (1) c'est le plaignant qui paye les frais de procédure,
- (2) le plaignant doit être représenté par un avocat,
- (3) c'est gratuit pour le plaignant,
- (4) le commerçant doit payer 120\$ pour l'obtention du label,
- (5) la partie qui perd supporte l'ensemble des frais de procédure,
- (6) c'est payant pour le e-marchand labellisé et pour celui qui introduit une plainte (litiges off line).

En règle générale le recours aux ODR n'est pas gratuit si l'on fait exception des ODR européens (médiateur du net, ombudsman.at ainsi que de econsumer.gov qui ne constitue pas un ODR à proprement parler).

On peut dire qu'un des modèles les plus répandus est celui où l'on trouve une répartition des frais entre les deux parties avec notamment quelques variantes comme :

- une somme moins importante à verser pour le plaignant (ex. le consommateur);
- une restitution des frais à la partie gagnante.

On constate que dans ce modèle de référence, les frais de participation sont souvent liés aux montants des litiges. Pour introduire une plainte, le litige doit avoir un montant minimum.

Notons enfin que Cybersettle et l'AAA imputent l'ensemble des frais à la charge du plaignant.

4.3.5 Champs d'application matériel

Origine	ODR	on-line	off-line
USA	Better Business Bureau	X	X
USA	I Courthouse	X	X
USA	MARS	X	X
USA	Nova forum	X	X
USA	National Arbitration Forum	X	X
USA	Trust-e	X	-
USA	Webassured.com	X	-
INT	eConsumer.gov	X	X
UE	Camera Arbitrale Nazionale	X	X
AM SUD	Cibertribunal Peruano	X	X
USA	Squaretrade	X	X
UE	Médiateur du Net	X	-
UE	Online Confidence	X	X
USA	Cybersettle	-	X
USA	American Arbitration association	X	X
UE	Ombudsman.at	x	-

La majorité des ODR rencontrés traitent à la fois des litiges commerciaux nés sur Internet et liés au commerce traditionnel. Cybersettle fait exception à la règle dans la mesure où cet organisme ne traite que de problèmes liés aux dommages corporels, aux accidents de voitures ou à des problèmes liés à l'emploi.

4.3.6 Types de service

Origine	ODR	Médiation	Arbitrage	Conciliation	Informal Dispute Resolution
USA	Better Business Bureau	x	x	x	x
USA	I Courthouse	-	-	-	-
USA	MARS	2	3 contraign.	-	-
USA	Nova forum	x	x	-	x
USA	National Arbitration Forum	x	x	-	-
USA	Trust-e	-	-	-	-
USA	Webassured.com	-	x	-	-
INT	eConsumer.gov	-	-	-	-
UE	Camera Arbitrale Nazionale	x	-	-	-
AM SUD	Cibertribunal Peruano	x	-	x	-
USA	Squaretrade	x	x	-	-
UE	Médiateur du Net	x	-	-	-
UE	Online Confidence	-	-	-	x
USA	Cybersettle	-	-	-	x
USA	American Arbitration association	x	x	-	-
UE	Ombudsman.at	x			

A l'exception du Better Business Bureau qui propose la panoplie complète en matière de résolution de conflits en ligne, quasi tous les autres ODR offrent un panaché de solutions ; la combinaison médiation-arbitrage étant la plus répandue. Notons qu'Ombudsman.at ne fait

que de la médiation. D'autres solutions sont mises sur pieds par certains ODR comme la négociation automatisée, ou encore l'échelonnement du processus médiation/arbitrage. Citons encore le fait que quelques organismes n'hésitent pas à proposer le recours à un tiers neutre afin de trouver une issue équitable pour toutes les parties concernées (Informal Dispute Resolution). A noter la particularité d'eConsumer.gov qui ne résout pas les litiges mais sert de relais vers une base de données multinationale qui permet aux pays participants de se tenir informés de l'émergence de nouveaux problèmes, voire de nouvelles formes d'escroqueries « on-line ».

4.3.7 Litiges & secteurs

Origine	ODR	Matières
USA	Better Business Bureau	commerce / vie privée / voitures neuves
USA	I Courthouse	civil
USA	MARS	e-commerce
USA	Nova forum	commerce / emploi / assurance / civil
USA	National Arbitration Forum	commerce et e-commerce / emploi / propriété intel / civil / construction
USA	Trust-e	vie privée s/net
USA	Webassured.com	e-commerce / vie privée s/net
INT	eConsumer.gov	e-commerce
UE	Camera Arbitrale Nazionale	commerce / assurance / immobilier / ...
AM SUD	Cibertribunal Peruano	e-commerce / vie privée / propriété intel
USA	Squaretrade	e-commerce
UE	Médiateur du Net	e-commerce / vie privée / propriété intel
UE	Online Confidence	(e)-commerce
USA	Cybersettle	emploi / assurance / civil
USA	American Arbitration Association	commerce / emploi / construction
UE	Ombudsman.at	e-commerce

Les ODR de notre échantillon s'occupent majoritairement de litiges portant sur des transactions commerciales ayant eu lieu principalement sur Internet et dans une moindre mesure lors d'un achat effectué dans le monde réel. Parmi les secteurs évoqués on trouve un peu de tout : des voyages, des assurances, des voitures neuves, de l'immobilier, ... D'autres éléments sont également assumés par certains organismes comme : des plaintes liées au manque de respect des données relatives à la vie privée (on et off-line), la publicité visant les enfants, la concurrence déloyale, la protection des consommateurs, le droit de la propriété intellectuelle. Notons que les litiges opposant employeur à employé sont également réglés par quelques ODR spécifiquement américains, ce qui ne relève pas du domaine de la transaction commerciale, il est vrai.

4.3.8 Financement

Origine	ODR	Privé	Public	Externe
USA	Better Business Bureau	x	-	sponsoring, labellisation
USA	I Courthouse	x	-	-
USA	MARS	x	-	-
USA	Nova forum	x	-	Transaction, partenariat
USA	National Arbitration Forum	x	-	Transaction
USA	Trust-e	x	-	sponsoring, labellisation
USA	Webassured.com	x	-	-
INT	eConsumer.org	x	-	Transaction, labellisation
UE	Camera Arbitrale Nazionale	-	x	-
AM SUD	Cibertribunal Peruano	x	-	-
USA	Squaretrade	x	-	Transaction
UE	Médiateur du Net	x	Subvention	Transaction
UE	Online Confidence	-	Subvention	Transaction
USA	Cybersettle	x	x	Transaction
USA	American Arbitration association	-	-	Transaction, membership
UE	Ombudsman.at	x	x	-

Une grande partie des ODR bénéficient d'un financement privé. Plus rares sont ceux qui profitent de la manne publique. Notons que certains ODR font également appel à des ressources externes : paiement pour obtenir la labellisation des sites ou participation aux frais de procédure pour le règlement des litiges.

4.3.9 Labellisation

Origine	ODR	Label
USA	Better Business Bureau	Reliability Seal program
USA	I Courthouse	-
USA	MARS	Shop with Confidence
USA	Nova forum	-
USA	National Arbitration Forum	-
USA	Trust-e	Truste Seal Program
USA	Webassured.com	Webassured Seal of Assurance
INT	eConsumer.gov	-
UE	Camera Arbitrale Nazionale	-
AM SUD	Cibertribunal Peruano	-
USA	Squaretrade	Squaretrade
UE	Médiateur du Net	-
UE	Online Confidence	Online Confidence Trust Seal
USA	Cybersettle	-
USA	American Arbitration association	-
UE	Ombudsman.at	Ombudsman.at

La labellisation des sites n'est pas encore systématique. Toutefois, la présence d'un label semble constituer un gage important de crédibilité pour le consommateur, de visibilité pour le vendeur et d'efficacité pour l'ODR.

4.4 CONCLUSIONS

Force est de constater qu'un grand nombre de systèmes ODR nés au tournant de l'an 2000 ont disparu corps et âmes ! Peut-on pour autant avancer que la résolution de litiges au travers de solutions télématiques n'a aucun avenir ? Nous ne le pensons pas. Notre analyse montre que des ODR sont toujours actifs, mieux que de nouveaux systèmes ont été créés récemment et qu'ils semblent remplir parfaitement leur rôle et combler un besoin. Nous reviendrons sur cet aspect plus tard.

Notre étude a montré une très grande diversité des systèmes présents sur Internet. Cette variété ressort à la fois au niveau du service offert (médiation, arbitrage, ...), des initiateurs du projet, du caractère payant ou gratuit, etc.

Il nous semble que nous vivons une période charnière dans la manière d'envisager les ODR. Alors que les premières initiatives étaient essentiellement américaines, pilotées par le secteur privé et multi-sectorielles nous constatons que les systèmes européens les plus récents ne traitent généralement que les conflits du commerce électronique, sont gérés de manière conjointe (consommateurs / professionnels / Etat) et qu'ils sont souvent gratuits pour les consommateurs, voire toutes les parties au litige.

Nous avons également constaté que nombre d'ODR développent un système de labellisation propre qui est de nature à renforcer la confiance du consommateur tout en offrant un avantage distinctif pour le commerçant qui participe au système.

Seule la conjonction de ces derniers aspects constituent un gage de succès. Comme le note l'OCDE¹⁰ : « le succès remporté par les labels, système régi par les lois du marché très souvent présenté comme le contexte privilégié du règlement alternatif des litiges, n'a pas été à la hauteur des attentes.... » et d'ajouter : « Avant qu'une industrie robuste du règlement des litiges en ligne puisse émerger et prendre forme, les pouvoirs publics devront peut-être explorer d'autres voies, notamment des « partenariats public-privé », pour créer les

¹⁰ OCDE, Mécanismes alternatifs de règlement des litiges (marl) en ligne pour les litiges transfrontières entre PME, 2ème conférence de l'OCDE des ministres en charge des petites et moyennes entreprises (pme), Istanbul, Turquie 3-5 juin 2004.

incitations apparemment nécessaires afin de permettre le décollage du « marché de la confiance », dont fait partie le marché du règlement des litiges en ligne ».

Ce mode d'organisation n'en constitue qu'une condition nécessaire mais pas suffisante. En effet, l'organisation, la promotion, l'ergonomie du système, etc. sont autant d'éléments essentiels. D'ailleurs, nous avons constaté un manque patent de transparence et d'information vis-à-vis des usagers. A cet égard, l'AAA¹¹ a publié un guide des meilleures pratiques dans lequel on retrouve les informations minimales à communiquer au public :

- Coordonnées et renseignements sur l'organisation, notamment adresse du siège, adresse électronique et tribunal compétent concernant la constitution ou l'enregistrement de la société;
- Conditions et clauses limitatives de responsabilité ;
- Présentation des services ou procédures alternatives de règlement des litiges qui sont proposés et indication pour chacun d'entre eux des normes et procédures applicables, de leur nature, du caractère contraignant pour chacune des parties, des conséquences juridiques des conclusions et exposé des autres recours juridiques possibles ;
- Définition de tout service (avis, conseil, défense juridique), affiliation ou activité juridique et définition de la méthode employée pour établir une distinction entre les services neutres et les services juridiques et éviter les conflits d'intérêt ;
- Confirmation que les procédures alternatives de règlement des litiges satisfont aux règles de procédure élémentaires : entre autres, une information adéquate des parties, la possibilité pour les parties d'être entendues, le droit d'être représenté et de consulter un conseiller juridique à n'importe quelle étape de la procédure et, dans le cas de l'arbitrage, une décision objective fondée sur les informations enregistrées ;
- Toutes les conditions préalables à remplir pour accéder au service, en matière d'adhésion, de localisation géographique ou de lieu de résidence ;
- Des précisions quant au montant minimum du litige requis pour introduire une demande de règlement.

¹¹ ABA.NET cité par OCDE 2004, Op. cit. p.37

A ce stade, nous souhaitons attirer l'attention du lecteur sur l'importance des plate-formes comme instrument de prévention des litiges. Qui mieux qu'un organe de gestion des litiges est à même de détecter les problèmes émergents. Ce rôle de vigie n'est concevable que pour autant que le système dispose de relais capables d'apporter des solutions structurelles.

Dans cette perspective, le rôle d'une plate-forme ODR ne se limite pas à la résolution de conflits, mais procède également ex ante, d'une fonction de prévention de ces litiges.

Enfin, nous voulons soulever un besoin qui n'est pas suffisamment pris en compte en Belgique, il s'agit d'un point de contact centralisé d'information et d'aiguillage des usagers (entreprises et consommateurs) vers les services idoines.

5 ANALYSE JURIDIQUE

5.1 INTRODUCTION

5.1.1 Remarques liminaires

Cette partie du rapport final vise à identifier le plus concrètement possible les questions juridiques présidant à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un système alternatif de résolution en ligne des litiges. Elle s'inscrit dans la continuité du rapport intermédiaire qui avait pour vocation principale de poser le cadre normatif européen en la matière et de formuler une proposition de modèle de plate-forme d'ODR¹². Pour une pleine compréhension des questions abordées dans la présente partie, nous invitons dès lors le lecteur à se référer aux analyses développées au sein du rapport intermédiaire.

Dans le prolongement du rapport intermédiaire, nous adoptons dans un premier chapitre une perspective "dynamique" ; celle-ci consiste à identifier et déterminer les interactions d'une plate-forme d'ODR avec les différents protagonistes susceptibles de participer au processus de résolution (parties, médiateurs, organes d'ADR traditionnels). A cette occasion, plusieurs aspects du processus de résolution sont examinés tels que les modalités de saisine d'une plate-forme d'ODR, les problèmes de formulation et de gestion des plaintes, les garanties en matière de transparence et d'efficacité, de compétence des médiateurs, etc.

Le cadre ainsi posé, nous envisageons plus particulièrement les questions juridiques qui président à la fourniture en ligne d'un service de résolution extrajudiciaire des litiges. Au-delà des exigences relatives au processus de résolution lui-même, il s'agit ici de mettre en évidence le dispositif normatif d'ordre général qui s'impose à la plate-forme au regard des différentes activités qu'elle entreprend. Ceci nous amène à dégager les obligations de la plate-forme en matière de prestation d'un service de la société de l'information, de sécurité ou encore de protection des données à caractère personnel.

¹² Rappelons à cet égard, que nous avons proposé dans un premier temps une approche "statique", consistant à identifier les différents acteurs susceptibles de participer au fonctionnement d'une plate-forme d'ODR et à en poser, sur cette base, le cadre organisationnel.

Dans un autre chapitre, nous proposons un modèle de processus de résolution spécifique à la plate-forme. A cet effet, nous décrivons les différentes étapes de ce processus, en soulignant les caractéristiques et les modes de transition. En outre, nous examinons les différentes règles qui doivent encadrer le processus afin d'en assurer la qualité (confidentialité, suspension des délais de prescription, représentation des parties, etc.).

Nous consacrons également un chapitre à ce qui constitue peut-être la problématique la plus délicate en matière de modes alternatifs de résolution des litiges : celle de l'effectivité. Dans ce cadre, d'une part, nous examinons la valeur de l'accord conclu par les parties à l'issue du processus de résolution, d'autre part, nous jetons les bases d'un système de labellisation, associé à un code de conduite, destiné à assurer le bon déroulement du processus de résolution.

Enfin, nous concluons cette analyse juridique par une réflexion relative à l'impact de la loi du 21 février 2005 sur la pratique de l'ODR. Il s'agit à cet égard de voir dans quelle mesure les différentes formalités consacrées par ce nouveau cadre légal peuvent être réalisées en ligne. Outre ce chapitre spécifique, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que les divers éléments constituant le nouveau cadre légal introduit par la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation¹³ sont analysés en différents endroits du rapport en fonction de la thématique abordée.

¹³ Voy. la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005.

5.1.2 Les objectifs de la loi du 21 février 2005 : quelques lignes directrices

Avant d’entrer dans le vif de la réflexion en matière d’ODR, il nous semble opportun de décrire ici dans les grandes lignes les objectifs poursuivis et les innovations introduites par la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation. Cet aperçu général vise à familiariser d’emblée le lecteur avec certains mécanismes cruciaux qui seront approfondis par la suite dans la perspective de la pratique de l’ODR.

5.1.2.1 Le régime de la “médiation volontaire”

La loi du 21 février 2005, insérant dans le Code judiciaire une section spécialement consacrée à la médiation, a vocation à articuler la médiation avec les autres instruments du droit judiciaire et se fonde sur la volonté de rendre la médiation applicable à toutes les matières, sauf exceptions particulières.

Si la loi ne définit pas à proprement parler la notion de “médiation”, elle établit une distinction entre trois types de médiation : la médiation judiciaire, la médiation volontaire – toutes deux explicitement mentionnées dans la loi – et la médiation “libre”. Cette distinction est cruciale dans la mesure où, hormis le respect de certains principes généraux, chaque type de médiation n’obéit pas au même régime juridique.

Rappelons, de manière générale, que l’objectif du législateur est de fixer une réglementation minimale en matière de médiation, celle-ci étant avant tout un processus de résolution des litiges reposant sur la volonté des parties. Dans cette perspective, le législateur a maintenu une certaine souplesse en laissant aux parties l’opportunité de se conformer au schéma légal ou non. Ainsi, “en suivant le prescrit de la loi, les accords passés en médiation bénéficieront des protections légales (notamment le titre exécutoire aisément obtenu) données aux accords passés en médiation ‘volontaire’ ou judiciaire. Les accords issus de médiations qui ne se sont pas déroulées conformément au schéma légal restent possibles et seront considérés au même

titre que ceux issus d'une négociation entre parties qui débouchent sur un contrat (de transaction ou autre)»¹⁴.

A ce stade, il convient dès lors de préciser dans les grandes lignes¹⁵ les différences entre médiation volontaire et médiation libre¹⁶ :

- la médiation volontaire : ce type de médiation est expressément consacré par les articles 1730 à 1733 du Code judiciaire. Il vise les situations où les parties s'accordent, indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, à tenter une médiation alors qu'elles sont ou non déjà parties au procès. Ce qui caractérise plus particulièrement ce type de médiation, c'est que les parties se soumettent cependant au régime légal : elle font, le cas échéant, appel à un médiateur agréé *et* signent un protocole de médiation conforme aux exigences de la loi. En outre, à l'issue du processus de résolution, elles consacrent leur accord dans un écrit signé et daté.
- la médiation "libre" : ce type de médiation – dont la loi tient implicitement compte – correspond au modèle purement consensuel existant avant la loi. Ici les parties décident en toute liberté de recourir à la médiation, et ce, sans faire appel à un médiateur agréé ou sans signer un protocole de médiation conforme aux exigences de la loi¹⁷.

L'un des objectifs principaux de la loi est de fournir aux parties qui le souhaitent la possibilité d'entourer leur processus de médiation d'une série de garanties. C'est à cette fin que le législateur a créé un régime de "médiation volontaire".

¹⁴ P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, "La médiation dans le Code judiciaire", *J.T.*, n° 6179, 2005, p. 298.

¹⁵ Nous approfondirons progressivement ces différences au fil des pages de ce rapport.

¹⁶ Notons d'emblée que, lors de la mise en œuvre du service d'ODR, il conviendra de décider s'il y a lieu ou non d'offrir aux parties la possibilité de choisir entre ces deux types de médiation.

¹⁷ Voy. l'Après-midi d'étude consacré à "la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation", organisé par l'Association des Juristes Namurois, FUNDP, Namur, 29 avril 2005.

Ainsi, si les parties décident d'inscrire leur processus de résolution dans le cadre du régime de médiation volontaire consacré par le code judiciaire, elles pourront bénéficier de deux avantages précieux :

- la suspension du délai de prescription ;
- la possibilité de disposer d'un titre exécutoire sanctionnant l'accord auquel elles ont abouti à l'issue de la médiation, via une procédure simplifiée d'homologation.

Les différentes formalités à respecter en matière de médiation volontaire seront examinées de manière approfondie au cours de ce rapport.

5.1.2.2 Les autres objectifs de la loi

La loi du 21 février 2005 poursuit d'autres objectifs visant à lever différents obstacles inhérents à la médiation :

- Elle donne une base légale à la confidentialité, faisant de cet aspect un principe commun à tout type de médiation. En outre, elle consacre le "secret professionnel" du médiateur ;
- Elle crée une commission fédérale de médiation, chargée entre autres d'agréer les médiateurs, de déterminer les critères d'agrément à cet effet et d'établir un code de conduite posant les règles de base en la matière ;
- Elle introduit quelques dispositions techniques destinées à favoriser le recours à la médiation. Elle crée notamment une fin de non-procéder visant à donner effet aux clauses de médiation prévues dans les contrats. En outre, elle prévoit un mécanisme de proposition de médiation valant mise en demeure et suspendant la prescription pendant un mois.

5.2 LES INTERACTIONS DE LA PLATE-FORME D'ODR

5.2.1 Les relations avec les destinataires du service

5.2.1.1 Les services d'aide à la clientèle

Avant d'entrer dans une description des modes de saisine de la plate-forme, il convient de souligner l'importance, pour les professionnels, de mettre en place au sein de leur entreprise un service d'aide à la clientèle. De manière générale, force est en effet de constater qu'il existe actuellement une réelle tendance, émanant tant des organisations professionnelles que consuméristes, à mettre l'accent sur cet aspect de la problématique de la résolution des litiges.

A cet égard, on ne saurait trouver meilleure illustration de cette tendance que le récent document, intitulé "*Alternative Disputes Resolution Guidelines*", cristallisant l'accord conclu entre deux organisations d'obédience opposée telles que Consumers International et le Global Business Dialogue on Electronic Commerce. Parmi les recommandations formulées dans ce document, il en est une qui encourage explicitement les prestataires de services sur Internet à utiliser, ce que l'on appelle communément dans le jargon anglo-saxon, des "*in-house customer satisfaction programs*"¹⁸. Dans la même optique, on peut se référer à la récente initiative de la Chambre Internationale de Commerce qui a élaboré un guide entier spécifiquement dédié à cette matière¹⁹.

¹⁸ "Alternative Dispute Resolution Guidelines", Agreement reached between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce, Novembre 2003, p. 56, disponible en ligne à l'adresse <http://www.gbde.org/adragreement03.pdf>.

¹⁹ International Chamber of Commerce, "Putting it right – Best practices for customers redress in online business", November 2003, disponible en ligne à l'adresse http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/PUTTING-rev.pdf.

Enfin, soulignons également, le projet d'envergure initié par la Commission européenne, appelé "CCform" pour Consumer Complaint Form for Online Resolution Mechanism (Formulaire de réclamation du consommateur pour les dispositifs de résolution en ligne)²⁰. CCform est un système de formulaire de réclamation, mis à la disposition des professionnels et des consommateurs, dans le but de tenter de résoudre toutes sortes de problèmes qui trouvent leur origine dans les relations entre ces deux parties²¹. Il s'agit avant tout d'un outil technique susceptible d'être intégré dans le service d'aide à la clientèle de chaque entreprise adhérant au système et destiné à faciliter la communication et la gestion des plaintes en cas de différend entre l'entreprise et sa clientèle (via une plate-forme centralisée accessible en ligne). Un consommateur peut utiliser CCform pour formuler une demande ou un grief envers un professionnel, lié à l'activité commerciale, qu'il s'agisse d'un achat en particulier ou du comportement problématique de l'entreprise sans rapport avec un achat. Le plaignant peut formuler une requête précise en appui de sa réclamation, comme par exemple le remplacement d'un produit défectueux ou son remboursement, mais il peut aussi demander à la société de lui suggérer une solution si la réclamation est plus générale.

Si ces différents exemples témoignent assurément de la nécessité d'adopter une approche globale de la problématique de la résolution des litiges de consommation, ils nous permettent plus particulièrement d'insister sur l'intérêt de mettre en place une série de "filtres", situés en amont du processus de résolution proprement dit²².

A cet égard, différents observateurs s'accordent même à dire que le recours par le consommateur à de tels services doit constituer une condition préalable au dépôt d'une plainte auprès d'un prestataire d'ADR, externe à l'entreprise.

²⁰ Pour plus d'informations, voy. <http://www.complaintsplatform.com>.

²¹ "CCform can be used by any company doing business by eCommerce, distance selling or local retail operations. They can use CCform as an efficient, stand-alone service or make larger savings by integrating CCform with their own customer care applications".

²² Voy. également l'importance des systèmes d'assistance à la formulation d'une plainte (*infra*, p. 89) et du processus de négociation (*infra*, p. 83).

Un rapide tour d’horizon des règlements édictés par les organes d’ADR traditionnels nous permet d’ailleurs d’observer que la recevabilité d’une plainte en leur sein est généralement subordonnée à l’épuisement d’un recours préalable auprès du professionnel concerné. Le recours au “service clientèle” du professionnel devenant ainsi un passage obligé²³.

Au vu de ce qui vient d’être exposé, il apparaît dès lors impensable, dans le cadre du présent projet, de faire l’économie d’une référence aux services d’aide à la clientèle, par exemple, dans le code de conduite de la plate-forme. Toutefois, une telle référence exige d’être formulée avec circonspection.

En effet, d’une part, il s’agit d’éviter d’imposer aux professionnels des exigences trop élevées en la matière, en prenant particulièrement en compte les moyens limités dont disposent les petites et moyennes entreprises. Aussi, pourrait-on, par exemple, prévoir que ces dernières désignent à tout le moins une personne de contact chargée des réclamations en leur sein, sans les obliger à instaurer un processus élaboré de traitement des réclamations.

D’autre part, il convient de s’interroger plus avant sur la possibilité d’imposer au consommateur un recours systématique et obligatoire auprès du professionnel concerné préalablement à la saisine de la plate-forme. A tout le moins, il nous semble important d’encourager le consommateur à suivre cette voie.

²³ Voy., par exemple, le règlement de procédure de la Commission de Litiges Voyages qui fait référence au contrat-type de voyage liant les parties : celui-ci impose aux parties l’obligation d’essayer de trouver une solution à l’amiable dans un délai indicatif de quatre mois, avant de saisir le collège arbitral.

5.2.1.2 La saisine d'un service d'ODR

5.2.1.2.1 Un système « ouvert »

La plupart des services d'ODR repose sur un système que l'on peut qualifier d' "ouvert", c'est-à-dire sans obligation de participation. Dans ce contexte, tout consommateur qui le souhaite peut librement s'adresser à une plate-forme en ligne afin de tenter de résoudre le conflit qui l'oppose à un professionnel. Toutefois, le consommateur n'aura l'assurance d'obtenir une réponse à sa demande que si le professionnel consent à adhérer au système.

En pratique, une fois la plainte déposée par le consommateur²⁴, la plate-forme se charge de prendre contact avec le professionnel concerné²⁵. Notons, à cet égard, qu'un professionnel ne doit donc pas forcément avoir souscrit au système pour se voir adresser une réclamation. Aussi, importe-t-il de faire une distinction entre deux types de destinataires d'une réclamation : ceux qui ont déjà adhéré au système et ceux qui n'ont pas encore de lien avec celui-ci²⁶. Cette distinction a en effet des conséquences importantes en ce qui concerne le transfert de la réclamation :

Si le professionnel apparaît dans la liste des "sociétés enregistrées", la réclamation sera transmise automatiquement à son destinataire et le plaignant peut être certain d'obtenir une réponse.

Si le professionnel est "hors système", la réclamation ne lui sera pas automatiquement communiquée. La plate-forme essayera d'entrer en contact avec la société et l'invitera à adhérer au système afin de pouvoir lui transférer la réclamation.

²⁴ Voy. la section spécialement consacrée à la l'accueil et la gestion des plaintes, *infra*, p. 89.

²⁵ Dans le cadre du présent projet, la saisine de la plate-forme pourrait se faire soit directement, soit par l'intermédiaire des ADR traditionnels participant au projet. Bien entendu, nous n'excluons pas la possibilité pour un consommateur de saisir directement les organes d'ADR traditionnels lorsque le litige en cause relève de leur compétence.

²⁶ A titre d'exemple, voy. les prestataires ECODIR et CCform.

Le consommateur n'est donc pas ici assuré d'obtenir une réponse ; personne n'étant a priori obligé de participer au processus de résolution. Ainsi, si la société ne souhaite pas adhérer au système ou s'il est impossible de la contacter dans une période de temps prédéfinie, la réclamation ne sera pas communiquée et le consommateur sera averti de cet état de fait.

Dès la souscription du professionnel, qui prendra la forme d'un contrat conclu avec la plateforme, les parties pourront alors s'engager dans le processus de résolution.

Dans le cadre du présent projet, nous souhaitons cependant proposer un système où l'engagement dans le processus de résolution ne doit pas s'interpréter dans les mêmes termes pour les deux parties²⁷. Plus précisément, nous avançons l'idée d'imposer au professionnel qui adhère au système l'obligation de se soumettre à tout le moins à une phase de négociation, première étape d'un processus de résolution.

Au contraire, il nous semble important que le consommateur reste libre de quitter le processus de résolution à tout moment : déposer une réclamation ne signifie donc pas pour lui qu'il est obligé de suivre le processus jusqu'à son aboutissement.

Une telle caractéristique, aussi contraignante qu'elle puisse paraître pour le marchand, se justifie pour plusieurs raisons.

D'abord, il convient ici d'opérer un renversement de perspective. En effet, classiquement, ceux qui analysent les ADR s'attachent aux fonctions nobles de ces ADR, c'est-à-dire la recherche assistée par un tiers neutre d'une solution ou l'imposition par celui-ci d'une solution, soit les fonctions de médiation, de conciliation, voire d'arbitrage. Or, dans la pratique, il apparaît que ces fonctions s'appuient sur des mécanismes, peut-être moins singuliers mais bien plus fondamentaux, et qui généralement suffisent à l'élaboration d'une solution.

²⁷ Voy. *infra*, p. 192.

En particulier, les mécanismes de formulation, de gestion des plaintes et de négociation constituent les premières étapes et bien souvent les seules du processus de résolution.

A l’instar de ce que nous prévoyons pour le processus de résolution relevant de la compétence “subsidaire” de la plate-forme²⁸, l’intérêt de la mise en relation des parties et de leur négociation via les technologies offertes par la plate-forme justifierait même, nous semble-t-il qu’un tel mécanisme soit également utilisé comme phase préliminaire par les ADR traditionnels participant à la plate-forme, sans pour autant dénaturer la spécificité de leurs règlements respectifs.

Ensuite, cette obligation de participation imposée au professionnel qui adhère au système est de nature à renforcer l’effectivité du système et à augmenter la confiance des consommateurs à l’égard des modes alternatifs de résolution des litiges. En effet, de cette façon, le consommateur aura la garantie de pouvoir exposer ses griefs et d’en débattre avec le professionnel concerné, au moins pendant le temps imparti à la phase de négociation, et ce, sans risques de voir ce dernier se dérober ou manquer de diligence, puisqu’il s’est engagé auprès de la plate-forme à respecter certaines obligations²⁹.

Enfin, nous ne pensons pas que cette obligation de participation contribue à battre en brèche le caractère volontaire propre aux modes alternatifs de résolution des litiges. En effet, le professionnel demeure, avant tout, libre de participer ou non au système proposé par la plate-forme.

L’obligation de participation imposée au professionnel se limiterait cependant à la phase de négociation. Il semble difficile de l’étendre aux autres phases du processus de résolution (médiation, recommandation).

²⁸ Pour une description détaillée du processus de résolution spécifique à la plate-forme, voy. *infra*, p. 174.

²⁹ Voy. le chapitre consacré à l’effectivité (label et code de conduite), *infra*, p. 188.

En effet, la loi du 21 février 2005 sur la médiation consacre, parmi ses principes généraux (s'appliquant donc à tous les types de médiation), un principe en vertu duquel “*chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice*” (article 1729 C. Jud.). Notons au passage que ce principe est également consacré par la recommandation 2001/310/CE³⁰. Parmi les informations devant être communiquées aux parties en vertu du principe d'équité, la dite recommandation mentionne en effet le droit pour les parties “de refuser de participer à la procédure ou *de s'en retirer à tout moment* et d'accéder au système judiciaire ou à d'autres voies de recours extrajudiciaires à tout moment si le déroulement ou le fonctionnement de la procédure ne leur donne pas satisfaction”.

5.2.1.2.2 Les clauses compromissaires en matière d'ADR non contraignant

5.2.1.2.2.1 Les clauses abusives : considérations générales

La saisine de la plate-forme peut être réalisée via l'insertion d'une clause spécifique dans le contrat unissant le consommateur au professionnel. Ainsi, les parties peuvent anticiper la survenance d'un éventuel litige en prévoyant dans leur contrat une clause leur faisant obligation, en cas de différend lié à l'exécution du contrat, de tenter une procédure d'ADR.

De manière générale, la question de la portée des clauses d'ADR s'avère cruciale dès lors qu'il existe un déséquilibre du rapport des forces entre les parties au contrat. Tel est le cas lorsqu'une des parties est un consommateur qui consent avant la naissance du litige au recours à l'ADR par la voie d'un contrat d'adhésion ou de conditions générales.

En effet, les clauses contractuelles de recours aux ADR sont susceptibles d'affecter le droit à l'accès à la justice dans la mesure où elles ont pour effet de retarder ou peuvent avoir pour résultat d'empêcher de saisir les tribunaux³¹.

³⁰ Voy. le pt. D, § 1^{er}, a), de la recommandation 2001/310/CE (principe d'équité).

³¹ Sur la problématique des délais de prescription, voy. *infra*, p. 169.

Le recours aux ADR serait donc susceptible de prévenir l'accès à la justice au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Dans ce contexte, on peut se poser la question de savoir si les clauses de recours aux ADR ne sont pas en principe interdites en vertu de la directive 93/13/CEE dès lors que l'accès à la justice est entravé³².

En vertu de l'article 3, § 1^{er}, de cette directive, "une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat". L'annexe de la directive contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives³³, parmi lesquelles "*les clauses ayant pour objet ou pour effet (...) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou en imposant à charge de celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat*"³⁴.

Mais l'accès à la justice est-il réellement entravé *in casu* ? A cet égard, ce qui caractérise en effet le recours à la plate-forme dans le chef du consommateur, c'est la prédominance de son caractère consensuel. La liberté du consentement s'y exprime à tous les stades de sa mise en œuvre.

³² Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 095 du 21 avril 1993, pp. 29-34. Voy. aussi l'article 10, al. 2, de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur « les pratiques commerciales déloyales », *J.O.C.E.*, n° L 149 du 11 juin 2005, pp. 22-39.

³³ Cfr. Annexe de la directive, sous le point q). Voy. également la base de données européenne en matière de clauses abusives (*The CLAB – "unfair contract terms" - database*), <http://europa.eu.int/clab/index.htm>.

³⁴ Voy. l'arrêt de la C.J.C.E., *Océano Grupo Editorial S.A.*, 27 juin 2000, n° C-240/98 à C-244/98.

Le consommateur a donc le loisir de quitter la procédure, celle-ci n'excluant, en aucune façon, la possibilité pour le consommateur de soumettre le litige à un autre mécanisme de résolution extrajudiciaire des litiges, voire de demander réparation auprès de son propre système judiciaire³⁵.

Dans ce contexte, la restriction en matière d'accès à la justice semble limitée à un certain délai, souvent de courte durée. Pour cette raison, il nous semble excessif de soutenir qu'une clause d'ADR empêche l'accès à la justice, du moins si le processus en question revêt un caractère consensuel³⁶. En conséquence, en matière d'ADR de nature consensuelle, il nous semble inopportun de remettre en cause la validité de telles clauses³⁷.

Au vu de ce qui précède, il serait d'ailleurs intéressant pour la plate-forme de fournir, à titre de "service additionnel", une assistance aux professionnels pour la rédaction de clauses d'ADR. Certains prestataires ont, à cet égard, développé toute une pratique en cette matière, en préparant une série de modèles de contrats, de clauses standards, destinés à aider les professionnels³⁸.

³⁵ Voy. le Résumé des réponses au Livre vert, questions 5 à 8, pt. 2, p. 4 : "Il a par ailleurs été souligné que la question soulevée dans le Livre vert ne se pose pas véritablement étant donné que les clauses de recours aux ADR ont en fait une valeur persuasive et non contraignante, dans la mesure où si le recours aux ADR est obligatoire, le processus d'ADR lui-même reste volontaire, les parties pouvant à tout moment mettre fin à leurs pourparlers et se tourner vers un juge ou un arbitre".

³⁶ Voy. J. HÖRNLE, "Alternative Dispute Resolution in the European Union", propos soutenus à l'occasion de l'UNECE Forum on Online Dispute Resolution (ODR), 2nd Annual Session, 30 juin – 1er juillet 2003, Palais des Nations, Genève.

³⁷ H. BROWN & A. MARRIOTT, *ADR Principles and Practice*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1999, parag. 6-064.

³⁸ A titre d'exemple, voy. la rubrique "Model ADR Clause" du prestataire NovaForum (Electronic Courthouse), disponible en ligne à l'adresse http://electroniccourthouse.com/model_dispute_resolution_clause_nopop.html.

5.2.1.2.2.2 La loi du 21 février 2005 : fin de non procéder

La loi belge du 21 février 2005 modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation appréhende explicitement la question des “clauses de médiation”. Ainsi, l’article 1725, § 1, C. jud. dispose que *“tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s’engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l’interprétation, l’exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter”*.

Cette évidence rappelée, l’article 1725, § 2, C. jud. introduit quant à lui une nouveauté en ce qui concerne la portée des clauses de médiation : il crée un fin de non-procéder. Ainsi l’article 1725, § 2 dispose que : *“ Le juge ou l’arbitre saisi d’un différend faisant l’objet d’une clause de médiation suspend l’examen de la cause à la demande d’une partie, à moins qu’en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin. L’exception doit être proposée avant tout autre moyen de défense et exception. L’examen de la cause est poursuivi dès que les parties ou l’une d’elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin”*.

En vertu de cette disposition, il apparaît donc que toute procédure judiciaire ou arbitrale peut être tenue en suspens à la demande de la partie défenderesse afin de “forcer” la partie qui s’y est engagée préalablement à tenter la médiation³⁹.

Si cette disposition est indiscutablement de nature à encourager la médiation, elle n’est pas sans poser certaines difficultés, compte tenu de la liberté qu’ont les parties de mettre fin à tout moment au processus de médiation, c’est-à-dire du caractère fondamentalement volontaire de ce type de processus de résolution (article 1729 C. Jud)⁴⁰.

³⁹ Voy. P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, “La médiation dans le Code judiciaire”, *op.cit.*, p. 306. Pour ces auteurs, cette exception n’est pas d’ordre public ; il appartient donc au défendeur et non au juge de la soulever.

⁴⁰ Voy. *supra*, p. 84.

En effet, comme le soulignent P. Van Leynseele et F. Van De Putte, “il y a lieu de se poser la question de savoir à quel moment le demandeur peut reprendre la procédure qu’il a engagée et à laquelle une fin de non-procéder a été opposée”⁴¹. Plus largement, cette disposition innovante soulève la question de la participation effective des parties aux processus de médiation et, spécialement, de celle qui se voit légalement forcée de prendre part à la médiation alors qu’elle ne le souhaite pas. A cet égard, on peut dès lors se demander s’il existe un principe de *bonne foi* applicable au processus de médiation.

Ces questions délicates dépassant largement le cadre de ce rapport, notons cependant qu’il est toujours possible d’inclure au sein du code de conduite propre à un service d’A/ODR une disposition obligeant les parties à participer au processus de résolution en toute bonne foi⁴².

5.2.1.3 La formulation et la gestion des plaintes

Sous cette section, nous entendons, à nouveau, mettre l’accent sur le fait que le bon déroulement d’un processus d’A/ODR peut être conditionné par une série de mécanismes situés en amont de ce processus, compris au sens strict. Les systèmes de formulation et de gestion des plaintes figurent précisément au rang de ces mécanismes.

En effet, la pratique révèle que la difficulté essentielle pour une partie non satisfaite est de formuler correctement sa plainte et de la décrire de manière telle que l’autre partie puisse facilement l’appréhender⁴³. Dans ce contexte, la question de la mise en œuvre d’un système efficace de formulation et de gestion de la plainte se pose avec une acuité particulière.

⁴¹ P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, “La médiation dans le Code judiciaire”, *op.cit.*, p. 307.

⁴² En ce qui concerne les effets d’un code de conduite à l’égard des parties, voy. *infra*, p. 193.

⁴³ Voy. TH. SCHULTZ, “Connecting complaint filing processes to online resolution systems”, *Commercial Law Practitioner*, vol. 10, n° 11, December 2003, disponible en ligne à l’adresse http://www.online-adr.org/Schultz_forms_CLP_article.pdf.

A cet égard, il est d'ailleurs intéressant de constater que les instances européennes ne sont pas restées insensibles à cette problématique, comme en témoigne l'initiative de la Commission relative au "formulaire européen de réclamation des litiges de consommation"⁴⁴. Ce formulaire vise à améliorer le dialogue entre les consommateurs et les professionnels et à les aider à atteindre un règlement à l'amiable des problèmes qu'ils peuvent rencontrer dans le cadre de leurs transactions⁴⁵. Il a été conçu de manière à ce qu'il puisse "guider" et orienter le consommateur dans la formulation de sa demande. Il propose un choix de réponses multiples pour aider le consommateur à mieux cerner ses problèmes et sa demande, tout en laissant un espace suffisant pour permettre à ses utilisateurs d'ajouter des précisions supplémentaires ou de décrire des cas particuliers non couverts par les listes du formulaire. Toutefois, l'appréciation des Etats membres qui ont participé au projet pilote relatif à ce formulaire semble relativement mitigée. Les critiques émises à l'occasion de l'évaluation de ce projet concernent spécialement des aspects liés à la clarté et la structure du formulaire et, par là, mettent l'accent sur les difficultés d'élaboration de ce genre de formulaire^{46 47}.

Si le développement d'un système de formulation et de gestion des plaintes propre à la plateforme dépasse assurément le cadre du présent rapport, conscients de son importance, nous nous permettons ici de formuler quelques commentaires d'ordre général.

En ce qui concerne la formulation des plaintes, il serait opportun de mettre en place un système qui tienne compte de la diversité des secteurs : la description de la défectuosité d'un produit n'a rien à voir avec les problèmes rencontrés en matière de protection des données à

⁴⁴ Ce formulaire est disponible en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/comm/consumers/redress/compl/cons_compl/acce_just03_fr.htm. Publié sur le site web de la Commission, ce formulaire est également disponible auprès des Centres européens des consommateurs, des bureaux d'associations de consommateurs ou d'autres centres d'aide et d'information aux consommateurs et chez certains professionnels.

⁴⁵ L'utilisation de ce formulaire ne peut se faire de manière électronique.

⁴⁶ Voy. l' "évaluation du projet pilote relatif à l'utilisation du formulaire européen de réclamation pour les litiges de consommation", disponible en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/comm/consumers/redress/compl/cons_compl/acce_just13_fr.pdf.

⁴⁷ En cette matière, on peut aussi se référer au projet CCform, financé par la Commission européenne dont l'objet est précisément l'élaboration d'un formulaire de réclamation pour favoriser le traitement de réclamations au sein de l'entreprise (voy. *supra*, p. 80).

caractère personnel en cas de “spamming”. A cette effet, il conviendrait d’instituer un système “en cascade”, basé sur plusieurs formulaires de plainte. Dans un tel système, le consommateur remplirait d’abord un formulaire à caractère général qui permettrait d’identifier clairement les parties et de procéder à une description sommaire du litige. La nature du litige ainsi identifiée, le consommateur serait alors invité à remplir un formulaire plus spécifique⁴⁸, qui lui permettrait de décrire de manière détaillée l’objet du litige et de formuler ses revendications à l’égard du professionnel concerné.

A propos de la description des problèmes rencontrés par les parties, il convient d’être attentif à l’intérêt d’une nomination des “motifs” de plainte. Un tel effort a notamment été entrepris par l’Institut suisse de normalisation⁴⁹ en matière de commerce électronique et pourrait constituer une bonne source d’inspiration.

En ce qui concerne la gestion des plaintes, le dépôt de celles-ci devrait faire l’objet d’une immatriculation lors de leur accusé de réception. Ainsi, la plate-forme devrait envoyer automatiquement au consommateur un message mentionnant la date de la réclamation⁵⁰ et un numéro de référence unique. Ce numéro de référence permettra au plaignant d’accéder au site de la plate-forme pour suivre la progression de la réclamation et pour rapporter à la plate-forme n’importe quel problème.

En ce qui concerne la transmission de la plainte à l’entreprise, celle-ci devrait s’opérer en deux temps⁵¹, dans la mesure où seule l’entreprise ayant accepté de jouer les règles du jeu de

⁴⁸ On pourrait à cet égard envisager d’élaborer des formulaires propres à la nature des litiges traités par les différents organes d’ADR participant à la plate-forme. Soulignons, en outre, que l’existence de formulaires normalisés permet par ailleurs leur traduction dans de multiples langues.

⁴⁹ Voy. Association suisse de normalisation, *Electronic commerce – requirements for shop presentation and transaction*, SNR 1:2001, Winterthur, SNV, 2001. Voy. aussi les initiatives du Comité Européen de Normalisation (CEN), <http://www.cenorm.be/cenorm/businessdomains/businessdomains/iss/cwa/regulatory+issues.asp>.

⁵⁰ Cette information relative à la date de la réclamation est importante afin de vérifier que les délais du processus de résolution sont respectés.

⁵¹ Voy. *supra*, p. 82.

la plate-forme doit pouvoir recevoir les détails de la plainte ; ceci pour des motifs liés à la législation en matière de protection des données personnelles⁵². A l'occasion de cette transmission, un accusé de réception doit être émis par l'entreprise.

Au-delà, les étapes du processus de résolution (et d'abord de la négociation) font l'objet d'une mémorisation dans la base de données de la plate-forme, qui joue un rôle purement technique de TTP, attestant des différents échanges entre les deux parties, échanges soumis aux règles inscrites dans un code de conduite⁵³.

5.2.1.4 Transparence et efficacité de la plate-forme

En tant que centre névralgique national en matière de résolution extra-judiciaire des litiges, la plate-forme se doit de garantir aux usagers une transparence et une accessibilité maximales, ces deux principes étant étroitement liés. Il s'agit là de conditions majeures de succès d'un tel service. Ces différents problèmes étant abordés de manière plus approfondie tout au long du présent rapport, nous nous bornons ici à insister sur l'importance de prévoir des mesures de nature à créer un climat de confiance à l'égard des destinataires du service.

5.2.1.4.1 La transparence

Par transparence, il y a lieu d'entendre la fourniture de toute une série de renseignements destinés à informer le public non seulement sur l'identité du prestataire d'ODR lui-même, mais également sur l'ensemble de ses activités.

En cette matière, force est de constater que les exigences sont nombreuses ; celles-ci se trouvent consacrées dans différents instruments normatifs, dédiés spécialement ou non à l'environnement numérique. Aussi, dans la perspective de la mise en œuvre d'une plate-forme d'ODR, convient-il d'accorder une attention toute particulière à un ensemble de

⁵² Voy. *infra*, p. 150.

⁵³ Voy. *infra*, p. 198.

sources qui toutes prévoient des dispositions concernant l'information des consommateurs et, plus largement des parties.

Parmi ces sources normatives, on peut notamment citer :

la législation en matière de commerce électronique et de services de la société de l'information ;

la législation en matière de protection des données et de communications électroniques ;

la législation en matière de pratiques de commerce et de vente à distance ;

les recommandations sur les règlements extrajudiciaires des litiges ;

- (...).

Notons en outre que les exigences en matière d'information se trouvent souvent disséminées ça-et-là au sein d'un même instrument normatif. En témoignent, par exemple, les exigences en matière d'information contenues dans la recommandation 2001/310/CE, tantôt consacrées sous le principe explicite de "transparence", tantôt, de manière moins évidente, sous le principe d' "équité". En conséquence, face à cet arsenal normatif relativement complexe, il convient dès lors de mettre en place au sein d'une plate-forme d'ODR des dispositifs organisationnels et techniques susceptibles de rendre cette pratique suffisamment transparente aux yeux du public. Notamment, dans l'élaboration du site web, il importe de mettre en évidence les informations qui sont les plus susceptibles d'intéresser les destinataires en ce qui concerne le processus de résolution⁵⁴.

Dans la matière qui nous occupe, cette exigence de transparence doit nécessairement se traduire en termes pragmatiques, compte tenu du peu de familiarité que les citoyens ont à l'égard des modes alternatifs de résolution des litiges, qui plus est lorsqu'ils sont intégrés à l'environnement numérique. A cette fin, il s'agit, par exemple, d'anticiper les questions principales que ces derniers auront tendance à se poser :

- Est-ce que l'ODR est approprié pour le litige ?
- Combien cela va-t-il coûter ?

⁵⁴ E. WENTWORTH, "Online Dispute Resolution : global issues and Australian applications", *Victoria Civil and Administrative Tribunal (VCAT) Mediation Newsletter*, n° 9, November 2003, disponible en ligne à l'adresse http://www.vcat.vic.gov.au/mediation/newsletter_9.pdf.

- Combien de temps le processus de résolution dure-t-il ?
- Le prestataire d'ODR est-il impartial ?
- Si un accord est atteint, comment celui-ci va-t-il être mise en exécution ?
- (...).

Par conséquent, une plate-forme d'ODR doit non seulement fournir les informations requises en vertu des différents textes normatifs, mais aussi – et cette étape est tout aussi importante – choisir avec discernement les modes les plus appropriés de diffusion de ces informations. Il s'agit de cette façon d'éviter que les parties ne s'égarent dans un "labyrinthe informationnel". Dans cette optique, il est opportun de prévoir sur le site web du prestataire d'ODR, à titre de "service additionnel", une rubrique consacrée à des *Frequently Asked Questions* (FAQ) ou encore un guide, sorte de mode d'emploi des services offerts par la plate-forme.

Enfin, la publication des résultats et d'éléments statistiques devrait, à tout le moins, être prévue afin d'évaluer les différents services proposés⁵⁵. Une telle publication s'impose comme une condition essentielle et incontournable du développement de la confiance dans les systèmes d'ODR⁵⁶.

5.2.1.4.2 L'efficacité

Comme nous l'avons souligné précédemment⁵⁷, les deux recommandations européennes consacrent un principe d'efficacité des processus extrajudiciaires de résolution des litiges. Par "efficacité", les recommandations visent les modalités du processus de résolution facilitant

⁵⁵ Voy. le Résumé des réponses au Livre vert, questions 15-16, pt. 3, p. 6 : "Il a été proposé que les résultats des ADR rendus publics pourraient alimenter une base de données anonymes à des fins statistiques et pour déterminer les problèmes concrets".

⁵⁶ En outre, cela permettrait de faire le lien avec les exigences de l'article 17, § 3, de la directive sur le commerce électronique en vertu duquel les Etats membres doivent encourager "*les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que tout autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique*".

⁵⁷ Voy. nos commentaires sur l'article IV de la Recommandation 98/257/CE et le point C de la Recommandation 2001/310/CE, formulés dans le cadre du rapport intermédiaire.

l'accès à celui-ci et permettant son déroulement dans des conditions avantageuses pour les parties (et spécialement pour le consommateur).

Bien que le principe d'efficacité revête un caractère polymorphe, il nous paraît important, dans cette section relative aux relations de la plate-forme avec les destinataires du service d'ODR, d'insister sur deux de ses aspects essentiels : l'accessibilité et la disponibilité. Ces deux aspects constituent véritablement le point d'intersection entre les principes de transparence et d'efficacité. En effet, au-delà de la fourniture et de l'accessibilité des informations elles-mêmes, il importe de veiller à rendre les techniques d'ODR faciles d'usage (*user friendly*)⁵⁸.

Il ne s'agit donc pas seulement d'éclairer les destinataires sur le fonctionnement du service auquel elles ont recours, mais également de leur garantir un fonctionnement aussi simple et pratique que possible afin de leur "faciliter la vie" tout au long du processus de résolution.

A cette fin, plusieurs problèmes doivent être surmontés. D'emblée, il convient de supprimer tout obstacle physique et technique qui pourrait gêner l'utilisation de l'ODR.

Cette exigence passe notamment par l'élaboration minutieuse du site web dédié à la plate-forme, qui devrait permettre aux destinataires d'avoir une navigation aisée, par l'affichage de liens hypertextes renvoyant vers la plate-forme depuis le site web des organisations de protection des consommateurs, des organisations professionnelles, des ADR traditionnels ou encore d'un cybermarchand, etc.⁵⁹. De même, une fois les parties engagées dans le processus de résolution, il faudra veiller à ce que ces dernières puissent communiquer, échanger des informations, suivre l'évolution du litige en toute facilité et dans délais raisonnables⁶⁰.

⁵⁸ Voy. M. WILIKENS, A. VAHRENWALD et PH. MORRIS, *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce*, Report of an exploratory Study, Joint Research Center, Italy 20th avril 2000, pp. 17-19, disponible en ligne à l'adresse <http://das-isis.jrc.it/ADR>.

⁵⁹ Voy. les recommandations du Trans Atlantic Consumer Dialogue, *op. cit.*, p. 2, n° 5.

⁶⁰ Nous renvoyons ici à la "partie technique" du rapport final.

Dans le même ordre d'idées, parmi les “services additionnels” que pourrait offrir la plateforme, on peut envisager la mise sur pied d'un programme de simulation de résolution de litige afin que les parties puissent, au préalable, se familiariser avec un tel processus. Il est en effet de plus en plus fréquent d'observer ce genre de services dans la pratique des différents prestataires d'ODR présents sur le net⁶¹.

Les exigences d'accessibilité et de disponibilité font également écho au problème de la langue. Les deux recommandations européennes soulignent à cet égard la nécessité d'informer les parties sur les langues dans lesquelles le processus de résolution sera mené⁶². Au-delà de la problématique des litiges transfrontaliers dans laquelle s'inscrivent ces recommandations (et qui est notamment visée par le réseau ECC-Net), nous insistons ici sur l'intérêt de trouver une solution lorsque le professionnel et le consommateur, résidant tous deux sur le territoire belge, n'utilisent pas la même langue.

Cette hypothèse doit nécessairement être prise en compte eu égard, d'une part, aux caractéristiques communautaires et linguistiques de la Belgique, d'autre part, à l'aspect international de la population résidant sur le territoire belge. De manière générale, il conviendra de déterminer les langues qui seront utilisées non seulement pour l'information contenue sur le site web, mais aussi pour le processus de résolution lui-même.

Il faudra également être attentif au problème de la continuité du service. Il s'agit d'abord de déterminer la marge de disponibilité du service à l'égard de ses destinataires afin de pouvoir répondre de manière satisfaisante à leurs attentes légitimes concernant le traitement de la plainte. Cette disponibilité passe notamment par la mise en œuvre de mesures visant à accueillir, à soutenir le consommateur, avec considération, lorsqu'il contacte la plateforme, ainsi qu'à lui garantir un *feedback* approprié à chacune de ses interrogations. Dans cette

⁶¹ Voy., par exemple, la rubrique “Mode d'emploi”, du prestataire français Médiateur du Net, qui propose une vidéo pour comprendre les 3 étapes du service (disponible en ligne à l'adresse <http://mediateurdunet.fr/fo/index.php>).

⁶² Voy. l'article II, § 1, 2ème tiret, de la Recommandation 98/257/CE et l'article B, § 3, b), de la Recommandation 2001/310/CE ; voy. également les dispositions légales en matière de services de la sociétés de l'information, *infra*, p. 137.

optique, il sera nécessaire de définir précisément les horaires de fonctionnement de la plateforme, de même que les délais endéans lesquels la plateforme est susceptible de répondre aux différentes exigences des parties. Ensuite, sur un plan plus technique, la plateforme devra être capable d'assurer la continuité de son service en dépit des éventuels incidents techniques pouvant survenir.

Enfin, il serait judicieux d'offrir aux destinataires du service la possibilité de formuler des remarques et autres observations sur le processus de résolution et, plus généralement, sur les activités de la plateforme. Ce type d'initiative n'a étrangement pas été consacré par les recommandations européennes relatives aux ADR. A cet égard, nous ne faisons ici que nous référer aux exigences contenues dans la plupart des textes normatifs en matière de labels qu'il nous semble ici légitime de reproduire dans une matière aussi voisine que celle des ADR. Une telle analogie ne nous semble pas forcée au vu des avantages qu'un tel mécanisme peut apporter en termes d'évaluation des performances⁶³.

5.2.1.4.3 Remarques finales

En guise de conclusion pour la présente section, nous nous référons à un document publié par la Chambre Internationale de Commerce, spécialement dédié à l'ODR en matière de consommation. Cette organisation souligne, avec insistance, l'importance des principes que nous venons d'évoquer dans un chapitre intitulé "Guidance to B2C and C2C ODR service provider" : *"B2C and C2C ODR service providers should ensure that their web sites contain simple, comprehensive, and accessible explanations for first-time users who may be completely unfamiliar with alternative dispute resolution processes. Information and communication technology should be used to enhance the quality and delivery of B2C and*

⁶³ Voy., p. ex., l'article 7, § 1, des recommandations du Global Business Dialogue on e-commerce (Tokyo 2001 Recommendations for Trustmarks: "Guidelines for certifiers"), *certifier should include an on-line mechanism to allow interested parties to give input on the performance of the system or any other related element of the trustmark program. The certifier should undertake continuous monitoring on consumers' satisfaction with the use of the trustmark program by merchants and should take due notice of the surveys' results*".

C2C ODR services to users, taking full advantage of new technologies to provide innovative and user-driven services”⁶⁴.

Dans cette matière, il apparaît clairement que les nouvelles technologies peuvent contribuer de manière fondamentale à renforcer la transparence et l’efficacité des modes alternatifs de résolution des litiges⁶⁵. Comme le souligne Isabelle de Lamberterie, à cet égard, “pour apprécier le rôle notable que peut jouer le réseau des réseaux pour la résolution ‘en ligne’ des litiges de consommation, il convient de partir des processus de résolution des conflits utilisant des moyens traditionnels pour la mise en relation des parties au litige. Force est de constater que le plus souvent dans les conflits de consommation, les échanges se font uniquement à distance, sans présence physique des parties. On mesure alors l’intérêt d’Internet qui peut faciliter la communication (...)”⁶⁶.

La mise en œuvre d’une interface et d’une architecture techniques performantes permettront, sans aucun doute, de faciliter la pratique des modes alternatifs de résolution des litiges, qu’il s’agisse de la transparence ou de l’efficacité de leur processus de résolution.

5.2.2 Les relations avec les médiateurs

Dans le cadre de la fonction de résolution des litiges qu’exerce une plate-forme d’ODR, il importe de s’interroger sur le statut des médiateurs.

⁶⁴ International Chamber of Commerce, “Resolving disputes online – Best practices for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transactions, Novembre 2003, p. 11, disponible en ligne à l’adresse http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/DISPUTES-rev.pdf.

⁶⁵ Voy. l’article C, pt. 2 de la Recommandation 2001/310 : “Elle (la procédure) devrait être facilement accessible et disponible pour les deux parties, par exemple par voie électronique, indépendamment de l’endroit où se trouvent les parties”.

⁶⁶ I. de Lamberterie, “ Le règlement en ligne des petits litiges de consommation”, Actes du Colloque International « Droit de l’internet : Approches européennes et internationales », Paris, 19-20 novembre 2001, p. 7, disponible en ligne à l’adresse http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Lamberterie_I.pdf.

A cet égard, un prestataire d'O/ADR doit veiller à assurer, de manière directe ou indirecte⁶⁷, l'impartialité et l'objectivité du tiers neutre responsable du processus de résolution, et ce, afin de garantir la protection des droits des parties, et en particulier des consommateurs, ainsi que pour accroître la confiance dans les mécanismes alternatifs de résolution des litiges. Dans cette perspective, l'impartialité de la personne ou de l'organe responsable ne peut être garantie que si celle-ci fait preuve de neutralité et des qualifications nécessaires et agit dans un environnement qui lui permet de conserver toute son autonomie, sans être soumise à de quelconques pressions⁶⁸.

La réflexion sur le principe d'impartialité des médiateurs amène plus généralement à s'interroger sur la nature de leur statut. A cet égard, une série de questions importantes méritent d'être soulevées comme celles relatives à leurs compétences, à leur formation, à leur sélection ou encore à leur supervision.

5.2.2.1 La qualité des médiateurs

5.2.2.1.1 *Considérations générales*

Le choix du médiateur est une mesure capitale car il conditionne le succès de toute la médiation. Celui-ci dépend des qualités du médiateur et de la manière dont il accomplit sa mission. Le médiateur doit, en principe, être compétent dans la matière qui fait l'objet du litige ou avoir une expérience suffisante en matière judiciaire ou arbitrale pour assister utilement les parties et proposer une solution utile.

La maîtrise des techniques d'ADR exige donc une compétence et une formation conséquentes⁶⁹. Ces deux éléments jouent en effet un rôle de premier plan, et ce non seulement du point de vue du fonctionnement des ADR mais aussi de leur qualité, et donc de

⁶⁷ L'autorité qu'exercera la plate-forme sur les médiateurs sera fonction du modèle organisationnel retenu pour la collaboration entre la plate-forme et des panels de médiateurs indépendants.

⁶⁸ Voy. sur le principe d'indépendance, les considérants de la recommandation 98/257/CE.

⁶⁹ Voy. Livre vert, n^{os} 89-91, pp. 35-36.

la protection des usagers des ADR⁷⁰. Plus largement, la problématique de la compétence et de la formation des tiers amène en outre à se poser la question de leur accréditation.

A cet égard, on peut observer, dans le cadre de la pratique judiciaire, que les tiers chargés des ADR doivent toujours justifier de compétences, d'une formation ou d'une expérience minimale, appréciées au cas par cas par les juges ou reconnues sous forme d'accréditation. En revanche, aucune condition semblable n'était jusqu'alors posée en Belgique pour les tiers responsables des ADR conventionnels⁷¹. Comme nous le verrons, loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation vient bouleverser considérablement le cadre existant. En effet, la loi crée une commission fédérale de médiation dont l'une des missions est d'agréer les médiateurs et de fixer certains critères à cet effet (article 1727 C. jud.).

Avant d'entrer dans le détail du nouveau cadre légal, rappelons toutefois qu'auparavant les tiers, appartenant ou non à une profession réglementée, se regroupaient parfois au sein d'associations destinées à assurer le sérieux des personnes exerçant ce métier. Ces associations encourageaient en effet leurs membres à suivre une formation ou étaient parfois amenées à dispenser elles-mêmes une formation aux ADR, et mettaient en place, en accompagnement de la formation qu'elles dispensaient, un système de certification, d'accréditation et d'évaluation périodique de leurs membres⁷². Ces associations sont par ailleurs à l'origine du développement de codes de déontologie⁷³ et de règlement de procédures.

⁷⁰ Voy. le point I, al. 2, 1^{er} tiret, de la recommandation 98/257/CE : "la personne désignée possède la capacité, l'expérience et la compétence, notamment en matière juridique, nécessaires pour la fonction".

⁷¹ Voy. F. VAN DE PUTTE et P. VAN LEYNSEELE, "Mode d'emploi de la médiation", *J.T.*, 1999, p. 236.

⁷² A titre d'exemple, voy. en Belgique, le *Brussels Business Mediation Center (BBMC)*, en ligne à l'adresse <http://www.ccib.be/fr/bbmc/SiteBBMC.html>; voy. au Grand-Duché de Luxembourg la récente création, à l'initiative de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, de la Chambre de Commerce ainsi que de la Chambre des Métiers, en mars 2003, du *Centre de Médiation du Barreau de Luxembourg (CMBL)*.

⁷³ Voy. le règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation.

Ce type d'initiatives émanant de la pratique elle-même a permis d'identifier les critères pertinents pour évaluer la compétence d'un médiateur, c'est-à-dire l'acquisition d'aptitudes, de connaissances et d'autres attributs, nécessaires pour assister les parties dans la résolution de leur litige⁷⁴.

De manière schématique, une série de facteurs essentiels pour la détermination des aptitudes (et des modalités d'agrément) applicables aux médiateurs peut être dégagée.

Ces facteurs peuvent être regroupés dans les catégories suivantes :

- Les "capacités" : le médiateur doit pouvoir justifier d'une grande souplesse pour jouir de la confiance des parties, surmonter leur défiance ou leurs appréhensions, les amener à échanger leurs points de vue et à les adapter aux faits de la cause et aux preuves qui lui sont soumises et les convaincre du bien-fondé des solutions qu'il leur propose⁷⁵. De manière générale, ces capacités doivent être d'ordre général (aptitude à écouter activement, aptitude à utiliser un langage clair et compréhensible, aptitude à analyser les problèmes et à identifier et distinguer les questions, etc.), mais également spécifiques à la médiation (aptitude à comprendre la procédure de négociation, aptitude à convertir la position des parties en besoins et intérêts, aptitude à aider les parties à inventer des options créatives, etc.)⁷⁶.

⁷⁴ A cet égard, il est intéressant de se référer aux critères retenus par les centres d'ADR anglo-saxons, qui en cette matière, jouissent d'une expérience et d'une expertise considérables. Dans les systèmes anglo-saxons analysés, la notion de compétence se décline généralement sous deux aspects : *skills* (capacités) et *knowledge* (connaissance). Voy. National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC), *A Framework for ADR Standards*, Report to the Commonwealth Attorney General, Australia, April 2001, disponible en ligne à l'adresse <http://www.nadrac.gov.au>; Center for Dispute Settlement & The Institute of Judicial Administration, *National Standards for Court-connected Mediation Programs*, Washington, D.C., disponible en ligne à l'adresse <http://www.caadrs.org/studies/nationstd.htm>.

⁷⁵ J. EL-HAKIM, "Les modes alternatifs de règlements des conflits dans le droit des contrats", *Rev. internat. dr. comp.*, 2-1997, p. 353.

⁷⁶ A titre d'exemple, le NADRAC énumère les champs de capacités suivants : "assessing a dispute for ADR, gathering and using information, defining the dispute, communication, managing the process, managing the interaction between the parties, negotiation, being impartial, making a decision, concluding the ADR process.

- La “formation” : généralement, un certain nombre d’heures de formation théorique constitue la norme actuelle pour nombre de programmes et d’organisations professionnelles axées sur l’ADR. Le nombre d’heures consacrées à ce genre de formation peut bien entendu varier, la question essentielle ayant trait au contenu de la formation : elle doit produire des aptitudes particulières à la médiation.
- L’ “expérience” : les normes relatives à l’expérience des médiateurs varient considérablement. Ainsi, elles peuvent être établies par rapport au nombre total de médiations effectivement accomplies, ou bien par rapport au nombre d’heures de pratique. Quoi qu’il en soit, la notion d’expérience concerne la maîtrise des particularités inhérentes aux procédures de résolution des litiges⁷⁷.

5.2.2.1.2 Le régime de la loi du 21 février 2005 sur la médiation

5.2.2.1.2.1 La commission fédérale de médiation : objectifs et missions

Compte tenu de la diversité des pratiques et des courants en matière de médiation, le législateur belge a décidé d’instituer au niveau fédéral une commission de médiation afin de simplifier la question de la formation, de l’agrément des tiers et de l’harmonisation des critères d’agrément.

D’emblée, on insistera particulièrement sur le fait que ce système d’agrément concerne seulement les médiateurs désignés dans le cadre des médiations judiciaires et volontaires, auxquelles la loi reconnaît des effets spécifiques. Ainsi, l’agrément du médiateur n’est nécessaire que si les parties souhaitent donner force exécutoire à leur accord obtenu dans le cadre d’une médiation *volontaire* ou si le médiateur est désigné à l’occasion d’une procédure *judiciaire*. Outre, les distinctions faites entre les différents types de médiation, la loi introduit donc une distinction supplémentaire entre médiateurs agréés et médiateurs non agréés. A cet

⁷⁷ A titre d’exemple, le NADRAC définit ce concept comme : “the understanding of relevant theories, principles, practices, their application and other aspects of knowledge, which may be desirable or necessary in order to practise effectively an ADR process”. A cet égard, il relève 9 aires de “connaissance” pertinentes : conflict, culture, negotiation, communication, context, procedure, self, decision –making, ADR.

égard, la loi n'entend pas instituer un système d' "accès à la profession", les médiations "libres", menées par des médiateurs non agréés, restant possibles.

L'article 1727, § 6, C. jud. définit les missions de la commission :

1. agréer les organes de formation des médiateurs et les formations qu'ils organisent⁷⁸ ;

L'intention du législateur est ici de proposer un mécanisme d'agrément destiné à évaluer la qualité des organes dispensant une formation en matière de médiation. Un tel mécanisme permet ainsi d'octroyer une sorte de label à ces organes, en l'absence d'école ou d'institut belge de la médiation⁷⁹

2. retirer, temporairement ou définitivement, l'agrément accordé aux médiateurs qui ne satisfont plus aux conditions prévues à l'article 1726 ;
3. fixer la procédure d'agrément et de retrait, temporaire ou définitif du titre de médiateur ;

La commission doit être considérée comme une instance de contrôle du respect des conditions de la loi, puisqu'elle a le pouvoir de procéder au retrait temporaire ou définitif des agréments qu'elle aura octroyés.

4. dresser et diffuser la liste des médiateurs auprès des cours et tribunaux ;

Cette mission est importante car elle contribuera incontestablement à assurer la promotion de la médiation, notamment au sein du monde judiciaire ; les juges pourront ainsi avoir l'assurance de recourir à un médiateur compétent.

⁷⁸ Voy. l'article 4, § 2, de la proposition de directive sur la médiation : "Les États membres encouragent la formation de médiateurs afin de permettre aux parties au litige de choisir un médiateur capable de mener la médiation avec l'efficacité attendue par les parties".

⁷⁹ P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, "La médiation dans le Code judiciaire", *op. cit.*, p. 306.

5. établir un code de bonne de conduite et déterminer les sanctions qui en découlent⁸⁰.

Plutôt que d'instaurer un Ordre des médiateurs avec le régime disciplinaire et les règles déontologiques qui lui sont inhérent, le législateur a préféré opter pour une voie plus souple en confiant à la commission le soin d'élaborer un code de conduite. Ce code devrait contenir des règles de base communes à tous les médiateurs⁸¹.

En outre, la commission aura pour mission de déterminer les critères d'agrément des médiateurs par type de médiation et d'agréer ces derniers. Tentons maintenant d'approfondir ces aspects spécifiques.

5.2.2.1.2.2 Les critères d'agrément des médiateurs

En vertu de la loi du 21 février 2005, la commission pourra déterminer une série de critères d'agrément afin de fixer l'accès à la mission de médiateur. Plusieurs précisions s'imposent à cet égard.

D'abord, la loi ne tend pas à réglementer l'enseignement de la médiation ; elle vise uniquement à identifier des *critères* pour s'assurer de la qualité des médiateurs susceptibles d'intervenir dans le cadre de médiations judiciaire ou volontaire.

⁸⁰ Voy. l'article 4, § 1, de la proposition de directive sur la médiation : "La Commission et les États membres encouragent l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes par les médiateurs et les organisations fournissant des services de médiation, au niveau tant communautaire que national, ainsi que des mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation". Voy. le code de conduite européen pour les médiateurs, disponible en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf: ce code comporte des dispositions relatives à 1) la compétence et la désignation des médiateurs, 2) l'indépendance et l'impartialité des médiateurs, 3) l'accord de médiation, le processus de résolution (équité, confidentialité, etc.) et les honoraires du médiateur.

⁸¹ Notons, à cet égard que certaines des règles essentielles en la matière sont déjà prévues par la loi comme la confidentialité et le respect du secret professionnel (art. 1728, § 1^{er}, C. jud.), l'indépendance et l'impartialité (art. 1726, § 1^{er}, 3^o, C. jud.).

Ensuite, il importe de souligner que la détermination de critères d'agrément doit se faire par *type de médiation*. A cet égard, le législateur a été bien inspiré puisqu'il tient compte de la spécificité des matières susceptibles de faire l'objet d'une médiation. Cet élément se manifeste tout particulièrement lorsqu'on considère les modalités de composition et de fonctionnement de la commission fédérale⁸². En effet, celle-ci se compose d'une commission générale et de trois commissions spécialisées, couvrant respectivement la matière familiale, sociale et civile et commerciale.

Ces "sous-commissions" ont un pouvoir consultatif; elles doivent donner des avis à la commission générale, chacune dans leur domaine d'intervention (art. 1727, § 4, C. jud.).

Enfin, notons que la détermination de critères d'agrément n'est pas laissée à l'entière discrétion de la commission. En effet, cette mission doit s'exercer sur base d'une liste de critères prédéfinis par la loi. Le législateur a sans doute voulu introduire un principe de cohérence dans la fixation de ces critères, compte tenu de la variabilité des critères pouvant être retenus pour définir ce qui constitue un "bon" médiateur⁸³.

Ainsi, en vertu de l'article 1726, § 1^{er}, peuvent être agréés par la commission les médiateurs qui répondent au moins aux conditions suivantes :

1. posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ;
2. justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;

⁸² On notera que l'installation effective de la commission ne pourra avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur d'une arrêté ministériel fixant les diverses modalités pratiques de fonctionnement de la commission (art. 1727, § 2, al. 5, et § 4, al. 5, C. jud.).

⁸³ Voy. P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, "La médiation dans le Code judiciaire", *op. cit.*, p. 306 : "Cette tâche risque d'être particulièrement délicate, tant les critères pour définir ce qui fait un 'bon' médiateur sont à géométrie variable et dépendant de la nature des différends, des personnes concernées, de leurs besoins, etc.".

3. présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation ;
4. ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire et incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé ;
5. ne pas avoir encouru de sanction disciplinaire ou administrative, incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé, ni avoir fait l'objet de retrait d'agrément.

En outre, le maintien de l'agrément implique l'obligation pour les médiateurs agréés de se soumettre à une formation continue dont le programme est agréé par la commission (art. 1727, § 2).

5.2.2.2 Les obligations des médiateurs

Le médiateur s'engage vis-à-vis des parties dans les liens d'un contrat de louage de services. Son obligation essentielle consiste à mettre son habileté et son talent en œuvre pour aider les parties à trouver un terrain d'entente. Un manquement au devoir d'équité, d'impartialité, de confiance ou de diligence peut donc engager la responsabilité du médiateur.

Ce genre d'obligation ne peut cependant revêtir qu'un caractère d'obligation de moyens. Il paraît difficile que le médiateur soit rendu responsable de l'échec de la médiation puisque la décision finale quant à la conclusion d'une entente ne dépend pas de lui mais des parties. Toutefois, certains aspects de la mission du médiateur pourraient plus facilement que d'autres prêter à une mise en cause de sa responsabilité "professionnelle". Ainsi, s'il viole son obligation de respecter le caractère confidentiel des informations qui lui sont confiées sous le sceau du secret. Ce type d'obligation revêt un caractère d'obligation de résultat. Comme nous le verrons, cette question revêt plusieurs aspects.

5.2.2.2.1 L'obligation d'indépendance et d'impartialité

En matière d'indépendance/d'impartialité, les exigences posées par les recommandations de la Commission européenne revêtent une portée relativement large et abordent différents

aspects du statut du tiers. De manière générale, il y est question de garantir la compétence des tiers intervenants, d'éviter les conflits d'intérêts (supposés ou réels) avec l'une des parties et enfin d'octroyer à ces tiers un mandat d'une durée suffisante pour assurer l'indépendance de leur action sans qu'ils puissent être destitués sans juste motif⁸⁴.

Pour rappel, signalons que, dans loi du 21 février 2005, la garantie d'indépendance et d'impartialité constitue un des critères prédéfinis pour pouvoir agréer un médiateur (art. 1326, § 1^{er}, 3^o).

Ce qu'il faut principalement retenir de ces textes, c'est que le médiateur ne peut conduire la médiation qu'à l'égard des cas pour lesquels il peut être impartial et équitable. Ce principe implique avant tout qu'il devrait être imposé au médiateur de faire état de toute circonstance de nature à affecter son impartialité. Cette obligation de transparence devrait être maintenue tout au long du processus de résolution ; en tout état de cause, le médiateur doit informer de tout conflit d'intérêt actuel ou potentiel, raisonnablement connu par lui.

A cet égard, il est d'usage de prévoir certaines clauses dans le code de déontologie⁸⁵ s'imposant au médiateur ou encore de lui faire signer une "déclaration d'impartialité"⁸⁶.

⁸⁴ On peut noter un changement lexical entre les deux recommandations. La recommandation de 2001 parle uniquement du principe d'impartialité, toutefois ce sont les mêmes concepts auxquels il est fait référence. Voy. I. DE LAMBERTERIE, "Le règlement en ligne des petits litiges de consommation", *op. cit.*, p. 3.

⁸⁵ Voy. CPR-Georgetown Commission on ethics and standards in ADR, *Model Rule for The Lawyer as Third-Party Neutral*, CPR Institute for Dispute Resolution, New York, Novembre 2002, p. 14, disponible en ligne à l'adresse <http://www.cpradr.org>: "A lawyer who serves as a third-party neutral shall: (1) Disclose to the parties all circumstances, reasonably known to the lawyer, why the lawyer might not be perceived to be impartial. These circumstances include (i) any financial or personal interest in the outcome, (ii) any existing or past financial, business, professional, family or social relationship with any of the parties, including, but not limited to any prior representation of any of the parties, their counsel and witnesses, or service as an ADR neutral for any of the parties, (iii) any other source of bias or prejudice concerning a person or institution which is likely to affect impartiality or which might reasonably create an appearance of partiality or bias, and (iv) any other disclosures required of the lawyer by law or contract. (...)".

⁸⁶ Voy. le système ECODIR, <http://www.ecodir.org/fr/odrp/index.htm> (rubrique "vue d'ensemble du processus").

Enfin, le prestataire d'ODR ou toute autre institution compétente devrait communiquer de telles informations aux parties ou aux autres tiers, le cas échéant. Sur base d'une objection d'une partie à continuer le processus de résolution avec le tiers mis en cause, ladite institution devrait déterminer s'il y a lieu de disqualifier le tiers et informer les parties de sa décision.

5.2.2.2.2 L'obligation de confidentialité

Un tiers, qu'il soit appelé médiateur, facilitateur, ou autrement encore, a l'ardente obligation d'être une d'une totale discrétion. Il doit d'abord s'abstenir de révéler à des tiers ce que les parties lui confient lors des entretiens qu'il a avec chacune d'elle. De même, il doit garder le silence sur les responsabilités respectives des parties quant au résultat de sa mission, quel qu'il soit : succès ou échec⁸⁷.

Tous les règlements institutionnels et autres codes de conciliation, de médiation ou encore de mini-trial érigent la confidentialité en principe absolu et énoncent expressément cette obligation dont la transgression serait constitutive d'une faute entraînant une responsabilité contractuelle.

Avec la loi belge du 21 février 2005, cette obligation de confidentialité relève désormais de l'ordre du "secret professionnel"⁸⁸. En effet, l'article 1728, § 1^{er}, al. 3, consacre le secret professionnel du médiateur en disposant que : *"Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile ou administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation. L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur"*.

⁸⁷ Pour une analyse approfondie, voy. F. VAN DE PUTTE et P. VAN LEYNSEELE, "Médiation : confidentialité et responsabilité", *J.T.*, 1999, p. 257.

⁸⁸ Notons que la loi impose également une obligation de confidentialité aux parties, nous aborderons cette question dans la section consacrée au processus de résolution (voy., *infra*, p. 161).

Le principe de confidentialité peut également s'appliquer au niveau des relations que les médiateur entretient avec les parties (procédure désignée sous le nom de *caucus*)⁸⁹.

Les informations échangées à cette occasion ne pouvant être révélées à l'autre partie. A cet égard, il convient toutefois de s'interroger sur l'application de ce principe au cours processus de résolution proposé par la plate-forme. En effet, le principe de confidentialité pourrait ici entrer en conflit avec le principe du contradictoire, consacré par la recommandation 98/257/CE. En conséquence, eu égard aux spécificités du processus de résolution proposé par la plate-forme⁹⁰, il nous semble raisonnable d'autoriser le médiateur, lorsqu'il reçoit des informations d'une partie, à en divulguer le contenu à l'autre partie, à moins que la première n'ait spécifié que ces informations sont de nature confidentielle⁹¹. En pratique, le médiateur devra de manière générale s'assurer qu'il est bel et bien autorisé à partager avec l'autre partie les informations qu'il reçoit⁹².

5.2.2.2.3 Assurance de responsabilité civile

L'assurance de responsabilité civile n'est pas un aspect que l'on doit négliger. Compte tenu des différentes obligations qui incombent aux médiateurs, il n'est pas impensable que des causes puissent donner lieu à des procédures judiciaires dans lesquelles le demandeur remet en cause le comportement d'un médiateur, pour avoir, par exemple, exercé une influence induite sur une des parties. De même, il est facilement d'imaginer d'autres types de plaintes.

⁸⁹ Voy. le point D, § 1, b), de la recommandation 2001/310/CE.

⁹⁰ Les particularités du processus de résolution proposé par la plate-forme – et spécialement, la dernière étape du processus à l'occasion de laquelle le médiateur joue un rôle plus actif en formulant une recommandation –, nous autorise à conclure que ledit processus entre dans le champ d'application de la recommandation 98/257/CE et, par là, doit respecter le principe du contradictoire (et ce, malgré toute l'ambiguïté de la définition du champ d'application des recommandations européennes en la matière) ; cfr. Rapport intermédiaire.

⁹¹ Voy. nos observations générales sur l'application du principe de confidentialité au cours du processus de résolution, *infra*, p. 161 et s.

⁹² Il ne peut laisser subsister de doutes à ce sujet. Il devra systématiquement se demander si ce qui lui a été dit est confidentiel ou non. Il devra faire clarifier la situation par la partie qui lui fournit les informations et documents s'il a des doutes à cet égard.

Ainsi, si des médiateurs du secteur privé doivent participer à un service de médiation, il est essentiel à notre avis qu'ils souscrivent une assurance de responsabilité civile pour se protéger en cas de faute professionnelle, et pour s'assurer que les principes de bases du mécanisme sont préservés.

5.2.2.3 Le statut des médiateurs au sein d'une plate-forme d'ODR

5.2.2.3.1 Le recours à un panel de médiateurs

En ce qui concerne la sélection des médiateurs, plusieurs modèles sont envisageables⁹³.

Une première formule consisterait pour une plate-forme d'ODR à disposer de ses propres médiateurs. Dans ce cadre, les médiateurs officieraient “en interne”, à titre d'employés. Si cette formule simplifie la question du contrôle de la qualité des médiateurs, elle ne nous paraît cependant pas adéquate pour une plate-forme à vocation généraliste (comme celle que nous proposons dans le cadre du présent projet).

En effet, la diversité des opérations pour lesquelles une plainte peut être adressée à une plate-forme généraliste détruit l'idée selon laquelle un panel de médiateurs, interne à la plate-forme et donc nécessairement restreint, pourrait résoudre l'ensemble des conflits. En outre, cette formule pourrait poser certains problèmes en matière de financement ; elle risquerait d'être coûteuse puisqu'il s'agit de rémunérer les médiateurs, qu'il y ait ou non médiation, étant donné qu'ils recevraient un traitement à titre d'employés.

Dans cette optique, une seconde formule peut être envisagée. Celle-ci privilégierait la voie externe, c'est-à-dire le recours à des panels ou commissions de médiateurs dont l'existence peut être totalement indépendante de la plate-forme.

⁹³ Voy. Ministère du Procureur Général de l'Ontario (Canada), “Rapport sur la révision de la justice civile, Partie III – Chapitre 5: La gestion des causes, 1995-1996, pp. 8-9, disponible en ligne à l'adresse <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca>.

La détermination des modalités de cette collaboration dépassant le cadre du présent rapport, nous nous bornons ici à formuler certaines observations. Dans la perspective d'une telle collaboration, il s'agira d'examiner de manière approfondie plusieurs éléments.

Ainsi, la question de la rémunération des médiateurs se pose avec une acuité particulière. En effet, la compétence d'un médiateur est, pour une large part, liée à des considérations d'ordre économique et financier⁹⁴. En effet, plus celui-ci est qualifié et expérimenté, plus le coût associé à sa prestation risque d'être élevé. Aucun modèle économique n'ayant été définitivement arrêté à l'heure où nous écrivons, il nous semble important de souligner que dans la mesure du possible l'accès au processus de résolution doit être gratuit⁹⁵, sinon modéré⁹⁶ pour le consommateur. Notons à cet égard que la loi du 21 février 2005 a vocation à rendre le processus de médiation accessible au plus grand nombre par le biais de l'assistance judiciaire. Le législateur prévoit à cet effet que les frais et honoraires des médiateurs seront pris en charge par l'assistance judiciaire, et ce, tant pour les médiations judiciaires que volontaires⁹⁷.

D'autres questions, tout aussi cruciales, doivent être envisagées comme celles relatives au contrôle et à la supervision des médiateurs. Aussi, sera-t-il important de clarifier le rôle des différents protagonistes afin de déterminer quelle institution exercera cette compétence de contrôle. Bien que cette problématique relève d'une question de pure opportunité "politique", compte tenu de son importance, nous formulerons en termes très généraux certaines observations dans la dernière section de ce chapitre.

⁹⁴ TH. SCHULTZ *et alii*, "Online Dispute Resolution : The state of the Art and the Issues", University of Geneva, 2001, disponible en ligne à l'adresse <http://www.online-adr.org/index.html>; Consumer International, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁵ Voy. le point IV, 2^{ème} tiret, de la recommandation 98/257/CE ainsi que le point C, § 3, de la recommandation 2001/310/CE.

⁹⁶ Certains observateurs estiment qu'une participation modérée du consommateur aux frais de la procédure aurait un impact positif dans le déroulement du processus de résolution; d'un point de vue plus "psychologique", le consommateur serait ainsi amené à prendre pleinement conscience de la voie dans laquelle il s'est engagé.

⁹⁷ Pour bénéficier de l'assistance judiciaire, il faut en outre que le médiateur soit agréé par la commission de médiation, puisque l'intervention de ce dernier est couverte par l'Etat (art. 1018, al. 1^{er}, 7^o, C. jud.).

5.2.2.3.2 *La désignation du médiateur*

Le médiateur est habituellement désigné par les parties, soit directement soit par l'intermédiaire d'une autorité ou d'un organisme qu'ils chargent de cette désignation dans la convention qui prévoit la médiation.

Il y aurait sans doute beaucoup à dire au sujet de la liberté des parties de choisir leur médiateur. Cependant, l'intégrité du système de plate-forme centralisée que nous préconisons nous conduit à conclure que, pour plus de cohérence et d'efficacité, le médiateur devrait être désigné par la plate-forme elle-même, via un service déterminé. Cette solution s'inscrit d'ailleurs pleinement dans le cadre légal imposé par la loi du 21 février 2005. En effet, l'article 1730 § 1^{er}, C. jud. prévoit explicitement cette possibilité : “*Les parties désignent le médiateur de commun accord ou charge un tiers de cette désignation*”. Cela dit, au sein de ce système, plusieurs hypothèses sont envisageables. Ainsi, lorsque le tiers est désigné par un prestataire d'A/ODR, il peut l'être de façon aléatoire, sur base de critères prédéfinis ou de manière discrétionnaire, en fonction de l'objet du litige⁹⁸. Compte tenu de la diversité des litiges pouvant être portés devant la plate-forme, la seconde hypothèse nous semble en l'espèce plus adéquate.

Néanmoins, nous n'excluons pas totalement la possibilité pour les parties de recourir à un médiateur ne relevant pas d'un panel collaborant avec la plate-forme. Cependant, nous croyons que le recours à un médiateur “hors système” ne devrait être possible qu'avec l'autorisation expresse de la plate-forme et dans des circonstances exceptionnelles. De cette façon, la plate-forme et les parties auraient l'assurance que le médiateur ainsi choisi aura néanmoins les qualités requises pour intervenir à l'égard d'un litige déterminé.

En outre, de manière générale, il convient de considérer l'hypothèse d'un remplacement du médiateur désigné. En effet, le médiateur devrait pouvoir être remplacé pour cause de décès, d'incapacité ou encore pour cause de démission, acceptée par l'institution de laquelle il relève. A cette fin, il conviendra de prévoir une règle *ad hoc* dans le code de conduite de la plate-forme.

⁹⁸ Pour une analyse des pratiques en matière de désignation dans le cadre de l'ODR, voy. TH. SCHULTZ *et alii*, “Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues”, *op. cit.*, p. 59.

Enfin, lorsqu'on traite la question de la désignation du médiateur, on ne peut faire l'économie d'une réflexion sur le nouveau régime introduit par la loi du 21 février 2005 et, en particulier, sur la distinction opérée entre "médiateur agréé" et "médiateur non agréé". En effet, les parties bénéficient désormais d'une option à cet égard à laquelle sont attachées des conséquences importantes⁹⁹.

5.2.2.3.3 *Le contrôle et la supervision des médiateurs*

De manière générale, on peut se féliciter du nouveau régime légal introduit par la loi du 21 février 2005 en matière de médiation. En effet, la loi contribue notamment à poser un cadre fiable en ce qui concerne la qualité des tiers intervenant dans un tel processus de résolution des litiges. Notons en outre que ce cadre se superpose déjà à certaines règles déontologiques émanant d'organisations professionnelles comme l'Ordre des avocats.

Toutefois, la question de l'établissement de standards à destination des médiateurs ne doit pas être considérée comme vidée. En effet, parallèlement au cadre légal et déontologique existant, il nous paraît important que tout prestataire d'A/ODR détermine en détail les modalités pratiques de collaboration avec les médiateurs, à travers, par exemple, l'élaboration d'un code de conduite.

Cette exigence se justifie pour plusieurs raisons.

D'abord, comme nous l'avons souligné auparavant, la loi du 21 février 2005 laisse encore la possibilité pour les parties d'opter pour une médiation dite "libre" et donc de faire appel à un médiateur non agréé. Si un prestataire d'A/ODR décide de laisser cette option ouverte aux parties, il devra nécessairement organiser un régime effectif de contrôle des médiateurs non agréés, destiné à garantir la qualité de leur intervention.

⁹⁹ Voy. *infra*, p. 186 et s.

Ensuite, plus globalement, il nous semble que la réalité et la perception de l'impartialité, de l'équité et de la compétence du tiers neutre est un élément essentiel en matière d'A/ODR. A ce titre, il apparaît nécessaire de développer ou d'adopter un code de conduite à destination des tiers neutres et de s'assurer que ces derniers comprennent la mesure de leur engagement et se conforment aux standards applicables. A cet égard, le code de conduite permettrait d'informer les parties à la médiation et de promouvoir la confiance du public à l'égard de ce type de résolution des litiges¹⁰⁰. Parallèlement, nous ne saurions ici trop insister sur la nécessité d'informer les parties sur l'identité et la compétence des tiers intervenants¹⁰¹. Cette exigence, véritablement de nature à faire naître la confiance dans le chef des parties, est consacrée non seulement par la recommandation 2001/310/CE¹⁰², mais également par les organisations professionnelles¹⁰³ et consommateurs¹⁰⁴.

A ce titre, une rubrique spécifique renseignant le public (et pas seulement les parties en litige) sur la compétence des médiateurs, le processus de désignation et le code de conduite qu'ils s'engagent à respecter devrait être prévue sur le site web de toute plate-forme d'ODR.

¹⁰⁰ Voy., à titre d'exemple, les documents de l'American Arbitration Association (AAA), "Model Standards of Conduct for Mediators" et "Consumer Due Process Protocol", Statement of principles of the National Consumer Disputes Advisory Committee, p. 17, disponibles en ligne à l'adresse <http://www.adr.org>.

¹⁰¹ Voy. notre analyse relative au principe de transparence (cfr. Rapport intermédiaire).

¹⁰² Voy. le point A, c), de la recommandation 2001/310/CE : "(...) fournissent aux deux parties des renseignements sur leur impartialité et leur compétence avant le début de la procédure". Voy. aussi le considérant 10 de la cette recommandation : "Lorsqu'une personne ou un groupe assume la responsabilité de la procédure, des mesures appropriées devraient être prises afin de garantir leur impartialité et d'assurer l'accès des parties à des *renseignements prouvant leur impartialité et leur compétence* pour que les parties puissent choisir de participer ou non à la procédure en connaissance de cause". Bien qu'une telle disposition n'ait pas été consacrée par la recommandation 98/257/CE, il faut lui reconnaître un caractère général.

¹⁰³ International Chamber of Commerce, "Resolving disputes online – Best practices for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transactions, Novembre 2003, p. 14, disponible en ligne à l'adresse http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/DISPUTES-rev.pdf.

¹⁰⁴ Comme le relève l'étude de Consumers International, trop peu de prestataires d'ODR fournissent des informations pertinentes en la matière. Voy. "Disputes in Cyberspace 2001. Update of online dispute resolution for consumers in cross-border disputes", November 2001, pp. 9-11, disponible en ligne à l'adresse http://www.consumersinternational.org/document_store/Doc247.pdf.

Enfin, un code de conduite permettrait d'aller au-delà d'un simple rappel des dispositions légales ou de la déontologie d'usage afin d'organiser un régime de contrôle des médiateurs qui tienne compte des spécificités de la pratique de l'ODR. Il s'agit notamment de prendre en considération les subtilités inhérentes à la résolution des litiges au sein d'un environnement numérique. Par exemple, on peut penser à une série de règles relatives à la manière de communiquer par la voie électronique entre le médiateur et les parties.

Au vu de ce qui vient d'être exposé, il nous semble dès lors important, dans le cadre de la plate-forme, d'élaborer un code de conduite à destination des médiateurs. Cependant, une telle initiative ne dispense d'une réflexion relative à l'articulation d'un tel code avec les règles légales et déontologiques qui s'appliquent déjà à l'égard des médiateurs. Aussi, faudra-t-il être attentif au futur code de conduite que la commission fédérale a été chargée d'établir en vertu de la loi du 21 février 2005¹⁰⁵.

Parallèlement, se pose la question de savoir s'il y a lieu de prévoir des procédures en cas de violation de celui-ci¹⁰⁶. En effet, pour utiles qu'ils soient, les codes de conduite et les règlements de médiation peuvent, tout au plus, être considérés comme des cadres de référence : soit à caractère contractuel lorsque les parties y renvoient en incluant les termes dans ce qui forme le cadre de leurs conventions ; soit comme normes de comportement du médiateur, voire des parties, lorsqu'il s'agit d'apprécier ou de porter un jugement sur le comportement de l'un des participants à la médiation.

Il ne s'agit pas de normes légales dont la violation pourrait entraîner des sanctions à caractère pénal¹⁰⁷. A ce titre, la violation n'aura, tout au plus, que des conséquences sur le plan contractuel ou judiciaire (par exemple, dommages et intérêts, écartement des débats de pièces

¹⁰⁵ Voy. *supra*, p. 104.

¹⁰⁶ American Arbitration Association, *Consumer Due Process Protocol*, p. 15, disponible en ligne à l'adresse <http://www.adr.org> : "adopt a code of ethical standards for mediators (covering, among other things, impartiality and conflict of interest), together with procedures to handle violations of the code".

¹⁰⁷ Le code peut cependant faire référence à des normes pénales, notamment la nouvelle disposition en matière du secret professionnel du médiateur (art. 1728, § 1^{er}, al. 3, C. jud.).

confidentielles qui auraient été communiquées dans le cadre de la procédure, etc.). A cet égard, certains règlements prévoient, par exemple, une procédure de récusation. Pour certains auteurs, il y a là une imitation de la matière juridictionnelle qui est abusive, notamment parce qu'elle alourdit le mécanisme utilisé et donne des armes dilatoires à la partie qui gagne à retarder les échéances¹⁰⁸. Cette question méritera d'être approfondie au cours du développement du présent projet.

5.2.2.3.4 Code de conduite à destination des médiateurs : quelques lignes directrices

De manière générale, un code de conduite devrait porter sur les points suivants¹⁰⁹ :

1. Le caractère approprié de la médiation : préalablement à l'accord de médiation, le médiateur devrait déterminer que : (i) la médiation est un processus de résolution approprié pour le litige, (ii) chaque partie a la capacité de participer effectivement au processus de résolution, (iii) chaque partie entend entrer et participer au processus de résolution en toute bonne foi.
2. Le déroulement de la procédure : le médiateur devrait informer les parties sur le déroulement et les modalités du processus de résolution ainsi que sur la mission qui lui incombe à cette occasion.
3. L'auto-détermination des parties et le caractère volontaire de la procédure de médiation : ces principes requièrent que le médiateur se confine dans un rôle de "facilitateur" et, à ce titre, n'influence ni ne force les parties à aboutir à un accord.

¹⁰⁸ Voy. CH. JARROSSON, "Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale", *op. cit.*, p. 339.

¹⁰⁹ Voy. CPR-Georgetown Commission on ethics and standards in ADR, *Model Rule for The Lawyers as Third-Party Neutral*, New York, november 1992, CPR Institute for Dispute Resolution, disponible en ligne à l'adresse <http://www.cpradr.org>. Un des règlements les plus élaborés est sans doute celui édicté par la Conférence des Nations Unies sur le droit du commerce international (C.N.U.D.C.I.) ; voy. la loi type de la CNUDCI sur le conciliation internationale (2202), disponible en ligne à l'adresse <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.

4. L'impartialité : le médiateur devrait conduire le processus de résolution de manière impartiale. Il ne peut conduire la médiation qu'à l'égard des cas pour lesquels il peut être impartial et équitable. Si, à quelque moment que ce soit, il s'estime inapte à conduire la procédure de manière impartiale, il doit s'en désister.
5. Les conflits d'intérêts : au moment de la désignation, il devrait être imposé au tiers de faire état de toute circonstance de nature à affecter son impartialité ; un médiateur doit informer de tout conflit d'intérêt actuel ou potentiel, raisonnablement connu par lui.
6. La compétence : le médiateur ne pourrait conduire le processus de résolution que s'il dispose des qualifications nécessaires pour satisfaire les attentes légitimes des parties. Le médiateur devrait, le cas échéant, décliner sa désignation en tant que tiers neutre.
7. La confidentialité : le médiateur devrait rencontrer les attentes légitimes des parties en ce qui concerne la confidentialité. Le médiateur devrait s'assurer qu'il est bel et bien autorisé à partager avec l'autre partie les informations qu'il reçoit.
8. La qualité du processus de résolution : le médiateur devrait conduire le processus de résolution avec diligence et équité et d'une manière conforme au principe d'auto-détermination des parties.
9. L'accord de médiation : préalablement à la conclusion de l'accord de médiation, le médiateur devrait s'assurer que les parties sont conscientes de la valeur et de la portée d'un éventuel accord.

5.2.3 Les relations avec ADR “traditionnels”

5.2.3.1 Les avantages offerts par une plate-forme d’ODR : un bref rappel

Comme nous l’avons déjà souligné, l’originalité du système que nous préconisons est de s’appuyer sur la participation des organes d’ADR agissant traditionnellement *off line* sur le territoire belge¹¹⁰.

L’intégration de ces organes dans le contexte du présent projet répond principalement à la préoccupation d’éviter de faire table rase d’une série de structures déjà bien implantées dans le paysage des modes alternatifs de résolution des litiges. De manière générale, il s’agit de créer une plate-forme, agissant en réseau, qui aiguillerait les plaintes, le cas échéant, vers ces différents organes d’ADR.

Un tel système offre de précieux avantages que nous ne faisons ici que rappeler :

- une aide à la formulation et la gestion des plaintes ;
- un actif de négociation ;
- un mode de saisine ;
- une économie de moyens ;
- un outil de promotion de l’ADR et d’information.

A terme, une telle plate-forme en ligne pourrait en outre permettre aux ADR traditionnels d’offrir un service de médiation entièrement *on-line*. Il s’agit ici pour les organes d’ADR d’utiliser l’architecture technique de la plate-forme afin d’offrir aux parties cette opportunité. Cette perspective exige cependant de réfléchir sur les modalités d’intégration des ces organes au sein de la plate-forme.

¹¹⁰ Cfr. Rapport intermédiaire.

5.2.3.2 Les modalités d'intégration des ADR traditionnels au sein de la plate-forme

L'intégration en question pourrait se réaliser selon différentes modalités, que l'on peut décliner en termes de temps et d'organisation.

5.2.3.2.1 *Point de vue temporel*

D'un point de vue "temporel", l'intégration des organes d'ADR traditionnels au sein de la plate-forme pourrait se réaliser de manière progressive. Il s'agit ici d'offrir à ces derniers l'opportunité de s'adapter à l'environnement numérique sans transition brutale, avec à terme, la perspective de voir leur processus de résolution entièrement conduit en ligne¹¹¹.

A cet égard, on soulignera que le secteur traditionnel des règlements alternatifs des litiges n'a pas été épargné par le développement des TIC puisque la communication est au centre de ces processus. Actuellement, l'intégration des technologies de l'information et de la communication a déjà un impact certain dans la pratique ; les parties à un litige peuvent communiquer l'une avec l'autre à l'occasion d'une procédure de négociation, un tiers neutre peut également communiquer avec les parties via Internet à l'occasion d'un processus de médiation ou d'arbitrage. En outre, certains prestataires d'ADR ont un site web par lequel ils informent et font la promotion de leurs services. Ils utilisent également le courrier électronique pour communiquer avec leurs clients et collègues et envoient des fichiers en attachement.

Une adaptation progressive aux TIC devrait être facilitée, nous semble-t-il, par la diversité des services que peut fournir une plate-forme technique.

¹¹¹ Cette caractéristique n'empêche naturellement pas la coexistence de deux voies d'accès au processus de résolution : la voie électronique et la voie traditionnelle.

En effet, dans un premier temps, les organes d'ADR pourraient se limiter à utiliser la plate-forme en tant que point de contact et de relais. La gestion du litige *stricto sensu* serait alors entièrement soumise à leur autorité, et ce, via leur propre logistique, c'est-à-dire le plus souvent off-line. L'étape ultérieure consisterait pour ces organes d'ADR à utiliser l'architecture technique de la plate-forme afin d'offrir aux parties concernées la possibilité de résoudre leur litige entièrement en ligne.

5.2.3.2.2 Point de vue organisationnel

D'un point de vue organisationnel, la participation d'organes d'ADR au sein d'une plate-forme en ligne peut soulever plusieurs questions ayant trait aux rapports de pouvoirs entre ces organes (et les professionnels du secteur concerné) et la plate-forme.

A cet égard, il convient de manière générale, de tenir compte de ce qui peut être source de régulation au sein d'un tel système, à savoir un mécanisme de labellisation et le code de conduite qui lui est associé¹¹². Il s'agit ici en particulier de penser l'articulation de système de labellisation (et spécialement du code de conduite) propre à la plate-forme avec les standards procéduraux spécifiques déjà imposés aux professionnels par les différents règlements des organes d'ADR de leurs secteurs respectifs.

En effet, cette question mérite d'être abordée dès lors que, dans l'esprit du présent projet, ces professionnels devraient également pouvoir bénéficier du label "ODR". Dans cette perspective de cohérence, il importe dès lors que tous les professionnels, quel que soit le secteur auquel ils appartiennent, soient logés à la même enseigne sans créer de discrimination lors de l'octroi du label.

¹¹² L'idée que nous avançons ici est d'octroyer une sorte de label aux professionnels (marchands) qui acceptent de "jouer le jeu" du système proposé par la plate-forme. Sur la problématique de l'effectivité et sur l'instauration d'un système de labellisation, voy. *infra*, p. 188 et s.

Cette exigence implique que les standards auxquels les professionnels doivent se soumettre pour obtenir le label doivent être sinon identiques, à tout le moins voisins. Il s'agit, par là, non pas d'instaurer une procédure unifiée, mais de tendre vers un dénominateur commun en matière de garanties procédurales.

Cette problématique fait également écho aux remarques formulées par certains observateurs relatives à la question de l'égalité de traitement devant ces diverses formes d'ADR. Selon eux, le choix de diriger les plaintes vers les médiateurs relevant de ces organes d'ADR ouvre le débat sur la question du traitement éventuellement inégalitaire des requérants en fonction de la nature de leurs plaintes.

En effet, chacun des organes d'ADR auxquels nous nous référons ici obéit à ses propres règles de gestion et de résolution des litiges. La difficulté réside ici dans le fait de savoir si une telle disparité peut être maintenue dans un système centralisé qui, pour les parties intéressées, devrait idéalement se présenter comme un système unifié de résolution des litiges. Pour certains, les parties (et spécialement les consommateurs) s'accommoderaient difficilement d'un système à plusieurs vitesses – tant de point de vue des garanties que des règles de procédure – selon que le litige est traité par la plate-forme ou par les autres ADR.

Nous pensons que pareille inquiétude, si elle semble légitime, peut être aisément dissipée. En effet, il ne faut pas perdre de vue qu'en raison de la diversité des organes d'ADR existants, il existe déjà, *de facto*, une disparité de traitement dès lors que, selon l'objet du litige, on se dirige vers tel ou tel ADR. Cette disparité n'induit pas pour autant, nous semble-t-il, une discrimination au niveau du traitement du litige. Il est à cet égard étonnant de constater que cette problématique apparaît subitement dès lors qu'on envisage de rationaliser la pratique en matière d'ADR en intégrant simplement ces organes d'ADR au sein d'un réseau centralisé.

Au-delà de cette problématique, un débat peut-être plus pertinent doit, selon nous, être initié, et ce, même indépendamment de l'institution d'une plate-forme centralisée. Celui-ci a trait à l'aptitude de ces organes à régler les litiges et, par conséquent, soulève la question de la

qualité des processus de résolution qu'ils proposent et de leur conformité aux exigences normatives en la matière.

De telles questions s'imposent d'autant plus au regard de la procédure de notification prévue par la Commission européenne dans le cadre des recommandations 98/257/CE et 2001/310/CE. Comme nous l'avons déjà souligné, dans le contexte de leur promulgation, les Etats membres ont été invités à faire l'inventaire des organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation qu'ils considèrent conformes aux recommandations. Ces listes nationales ont été communiquées à la Commission qui en assure la publication¹¹³.

Il y aurait beaucoup à dire sur ce type procédure de notification développé par les instances européennes. Nous nous limitons ici à en souligner les limites en ce qui concerne les modes alternatifs de résolution des litiges. La pertinence de cette procédure de notification nous laisse perplexe dès lors qu'elle ne s'accompagne pas de réelles prescriptions relatives aux modalités d'évaluation des organes d'ADR. Dans la pratique, force est de constater que cette notification relève plus de la simple formalité que d'une évaluation effective des organes d'ADR. Plus particulièrement, il apparaît que l'inventaire et la notification réalisés dans le cadre des recommandations ne procède généralement que d'une auto-évaluation des différents organes d'ADR¹¹⁴. Ces derniers, et cela est regrettable, n'ont pas fait l'objet d'un audit externe qui aurait réellement permis de mesurer leur conformité aux exigences de desdites recommandations et, par conséquent, de s'assurer du niveau de qualité des processus de résolution proposés aux citoyens.

¹¹³ La liste des organes notifiés peut être consultée en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/comm/consumers/redress/out_of_court/database/index_en.htm.

¹¹⁴ Cfr. Rapport intermédiaire.

Pour résoudre cette lacune, il conviendrait dans un premier temps de procéder à une étude comparative des différentes instances d'ADR à travers un examen approfondi de leurs règlements et pratiques en matière de résolution des litiges. Cette analyse permettrait d'abord de constater si certains indices de qualité font défaut, ensuite de vérifier s'il existe une grande disparités entre les ADR de nature à faire naître de véritables discriminations, enfin de formuler certaines exigences minimales à destination des ces instances à titre de condition d'accès au système.

Néanmoins, on peut raisonnablement s'attendre à ce que ces organes d'ADR respectent déjà pour la plupart les exigences minimales formulées par les instruments normatifs pertinents en la matière. En effet, certaines initiatives sont de nature à rassurer, notamment parce qu'elles émanent d'une collaboration entre secteur privé et une association de consommateurs comme Test-Achats.

Comme nous l'avons évoqué au début de cette section, les organes d'ADR devront néanmoins apporter certaines modifications à leurs modes de fonctionnement, si ce n'est pour entrer en conformité avec les texte normatifs en la matière, du moins pour s'intégrer harmonieusement au sein de la plate-forme. Cette intégration doit passer notamment par une adaptation de leur règlement de procédure qui se justifie tant pour des raisons d'ordre fonctionnel que technique. Une telle adaptation ne doit pas être interprétée en termes de révision intégrale de la procédure ; il ne s'agit pas pour ces organes d'ADR d'abandonner la spécificité de leur processus de résolution ni de modifier dans le détail leur mode de fonctionnement.

D'un point de vue fonctionnel, il est important que les organes d'ADR calquent leur règlement sur les services offerts par la plate-forme et le garanties procédurales qui y sont associées¹¹⁵.

¹¹⁵ Il s'agit notamment de garantir la conformité de ces règlements avec les garanties minimales de procédure consacrées par le code de conduite de la plate-forme, dans le respect des recommandations européennes en la matière.

Ceci concerne notamment les étapes préalables à la résolution du litige comprise au sens strict, comme le mode de saisine et la formulation de la plainte. En ce qui concerne la négociation, comme nous l'avons souligné¹¹⁶, il serait opportun que ces organes prévoient explicitement une telle phase dans leur règlement. Enfin, il conviendra également d'éclaircir le rôle des différents protagonistes du système à l'égard de la question de l'effectivité et du pouvoir de sanction que pourrait exercer la plate-forme.

Enfin, d'un point de vue plus technique, l'adaptation à laquelle nous faisons allusion devrait également viser à garantir la praticabilité de standards procéduraux des différents ADR dans l'environnement numérique. Il s'agit ici d'adapter les exigences des règlements afin que ceux-ci ne fassent pas obstacle à l'utilisation des modes alternatifs de résolution traditionnels par voie électronique¹¹⁷.

De manière générale, il ne s'agit pas comme tel de supprimer toutes les exigences de forme contenues dans ces règlements, mais d'adapter celles qui ne peuvent être remplies par voie électronique ou, à tout le moins, qui créent une insécurité juridique dans la mesure où il n'est pas certain qu'elles puissent être appliquées à un processus de résolution numérisé. Est donc ici visée la question du formalisme émanant des différents règlements de procédure des organes d'ADR.

Parmi l'ensemble des manifestations du formalisme, on constate généralement que les exigences de forme peuvent être de plusieurs types ; elles peuvent être relatives au support, à la présence humaine ou à la localisation des parties ou encore à l'implication de tiers¹¹⁸. Cette typologie ressort également de la lecture des différents règlements des organes d'ADR.

¹¹⁶ Voy. *supra*, p. 83.

¹¹⁷ Cette exigence fait écho au prescrit de l'article 17 de la directive sur le commerce électronique, (cfr. Rapport intermédiaire et *infra*, p. 203).

¹¹⁸ D. GOBERT & E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", in E. MONTERO (dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n°19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 205, n° 386.

Ainsi, en matière de support, certaines règles imposent l'envoi de lettre recommandée avec ou sans accusé de réception, la signature manuscrite de l'accord en autant d'exemplaires ; en matière de présence humaine, certaines règles imposent, sauf exceptions, l'oralité des débats ; enfin, en matière d'implication de tiers, certaines règles prévoient la convocation de témoins ou le recours à des experts¹¹⁹.

Dans la perspective d'une automatisation complète du processus de résolution, il conviendrait dès lors de procéder à un examen systématique de ces règlements afin d'y déceler les règles de forme à adapter.

5.3 L'ODR EN TANT QUE SERVICE DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

Dans ce chapitre, nous identifions et analysons les différentes questions juridiques que soulève la fourniture d'un service de résolution alternative des litiges dans l'environnement numérique. A cette fin, plusieurs instruments légaux seront appréhendés comme la législation en matière de services de la société de l'information, de commerce électronique ou encore de protection des données à caractère personnel.

5.3.1 La prestation d'un service de la société de l'information

Une plate-forme d'ODR peut-elle être considérée comme un service de la société de l'information ? Pour répondre à cette question, il convient de clarifier cette notion à la lumière du dispositif légal mis en place par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique¹²⁰, tel qu'il a été transposé en droit belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information¹²¹.

¹¹⁹ Il conviendra également de tenir compte des nouvelles formalités introduites par la loi du 21 février 2005 comme, par exemple la signature d'un protocole de médiation (art. 1731, § 1^{er}, C. jud.) ; voy. *infra*, p. 202 et s.

¹²⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *J.O.C.E.*, n° L 178, 17 juillet 2000.

La loi du 11 mars 2003 s'applique à "tous les services de la société de l'information"¹²². Trois notions clés délimitent le champ d'application de la loi : le "service de la société de l'information" (ci-après, SSI), le "prestataire" et le "destinataire du service".

Ainsi, tout prestataire d'un service de la société de l'information est soumis au dispositif de la loi et bénéficie de ses deux principes fondamentaux : la liberté d'établissement (art. 4) et la libre prestation de services (art. 5). Les prestataires de services qui entrent dans le champ de cette loi sont tenus de respecter un certain nombre d'obligations liées à des garanties de transparence et d'information sur les réseaux. Ces obligations rejoignent à cet égard un des objectifs des ADR qui est de gagner la confiance des utilisateurs à l'égard du commerce électronique.

Dans un premier temps, il convient donc d'observer dans quelle mesure une plate-forme d'ODR entre dans le champ d'application de la loi et constitue, à ce titre, un service de la société de l'information. Ensuite, il s'agit d'analyser le régime juridique applicable aux prestataires d'un tel service, et ce, en identifiant les diverses obligations auxquelles il est susceptible d'être soumis en vertu de la loi.

5.3.1.1 Le champ d'application de la loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information

5.3.1.1.1 La notion de "service de la société de l'information"

Il importe, d'abord, d'examiner si un service d'ODR entre dans le champ de la notion de "service de la société de l'information". C'est autour de ce concept central que s'articuleront,

¹²¹ Précisons d'emblée que la directive a été transposée en droit belge par deux lois distinctes : la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960) et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963). Nous référerons dans ce chapitre principalement à cette "deuxième" loi (ci-après, "la loi").

¹²² Voy. M. ANTOINE, " L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique ", in *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, *op. cit.*, p. 1 et s., n^{os} 1-75.

ensuite, les notions de “prestataire” et “destinataire” de services de la société de l’information.

Notion pivot de la loi, le service de la société de l’information est défini comme “tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d’un destinataire du service”¹²³. Chacun des critères de cette définition mériterait un commentaire circonstancié. Dans le cadre du présent rapport, on se contente de formuler quelques observations.

Cette définition de “service de la société de l’information” est amplement calquée sur l’article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d’information dans le domaine des normes réglementaire techniques (directive dite “transparence”). Celle-ci se propose précisément d’assurer un cadre réglementaire stable, transparent et cohérent en appliquant aux futures initiatives législatives nationales concernant spécifiquement les services de la société de l’information le système d’information (notification) et de consultation entre la Commission et les Etats membres déjà en vigueur et déjà utilisé avec succès en matière de marchandises en vertu de la directive 98/34/CE¹²⁴.

Pour déterminer si un projet de texte national doit ou non être notifié, il faut effectuer un certain nombre de vérifications, sur la base des critères positifs (définissant les domaines couverts) et négatifs (identifiant les domaines exclus) fixés en partie, par la directive 98/34/CE de base et, en partie, par la directive 98/48/CE. En d’autres termes, pour qu’un projet national soit soumis à notification préalable, il doit répondre aux définitions de la directive et, en même temps, il ne doit pas relever d’un des domaines d’exclusion. Parmi les vérifications auxquelles il faut procéder dans le cadre de la directive “transparence”, il faut d’abord déterminer si une activité peut être qualifiée de “service de la société de l’information”. Tel est ici l’objet de notre propos.

¹²³ Voy. l’article 2, a), de la directive sur le commerce électronique et l’article 2 de la loi, consacré aux définitions.

¹²⁴ Voy. l’article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d’information dans le domaine des normes réglementaire techniques, *J.O.C.E.*, n° L 204, 21 juillet 1998, p. 37, modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 217, 5 août 1998, p. 18.

A cette fin, il convient de répondre positivement et cumulativement aux deux questions suivantes¹²⁵ :

- a) tout d’abord, est-ce que l’activité en question constitue un “service” selon le droit communautaire ?
- b) ensuite, est-ce que ce “service” est, un “service de la société de l’information”, c’est-à-dire est-il presté à la fois: (i) “à distance”, (ii) “électroniquement” et (iii) “à la demande d’un destinataire” ?

5.3.1.1.1 S’agit-il d’un “service” selon le droit communautaire ?

Avant de définir la notion de “service de la société de l’information”, spécifique à la directive 98/48/CE, il importe de rappeler brièvement la signification de la notion générale de “service” conformément au Traité CE. Aux termes de l’article 60 du Traité, tel qu’interprété par la jurisprudence de la Cour de justice, il faut entendre par service une prestation fournie “normalement contre rémunération”¹²⁶. A cet égard, la Cour de Justice a précisé que “la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause”¹²⁷.

Il est toutefois important de compléter ces éléments par l’indication fournie par la Cour à propos de la nécessité de ne pas interpréter d’une manière restrictive la notion de “service”, dans la mesure où “l’article 60 du traité n’exige pas que le service soit payé par ceux qui en bénéficient”¹²⁸. La rémunération peut de ce fait subsister au-delà des modalités directes ou

¹²⁵ Voy. Comité “Normes et Règles techniques”, *Vademecum relatif à la directive 98/48/CE qui instaure un mécanisme de transparence réglementaire pour les services de la société de l’information*, Doc. S-42/98 - FR (déf.), p. 13, disponible en ligne à l’adresse http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/vade9848/index_fr.pdf.

¹²⁶ Comme le rappelle le considérant n° 19 de la directive 98/48/CE.

¹²⁷ C.J.C.E., arrêt du 7 décembre 1993, affaire *Wirth*, C-109/92, point 15.

¹²⁸ C.J.C.E., arrêt du 26 avril 1988, affaire *Bond van Adverteerders*, C-352/85, point 16. Voy. également les arrêts du 11 avril 2000, affaire *Deliège*, C-51/96 et C-191/97, point 56 et du 12 juillet 2001, affaire *Smits et Peerbooms*, C-157/99, point 57.

indirectes de financement d'un service : dans ce sens, des activités financées entièrement par la publicité sont rémunérées et constituent donc des services¹²⁹.

L'expression "normalement contre rémunération" ne suppose donc pas de rémunération effective de la part du destinataire du service. En réalité, les modalités concrètes de financement importent peu : il suffit que l'activité présente un caractère économique ou bénéficie d'une contrepartie économique.

En matière de SSI sont ainsi visés aussi bien les services de vente en ligne que les services "gratuits", dont le financement est le plus souvent assuré par la publicité (sites parrainés, journaux accessibles gratuitement en ligne et financés par des bannières publicitaires...).

Dans un souci de précision, le considérant n° 19 de la directive 98/48/CE ajoute "qu'une telle caractéristique fait défaut dans les activités que l'Etat accomplit sans contrepartie économique dans le cadre de sa mission, notamment dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire ; que, de ce fait, les règles nationales concernant ces activités ne sont pas couvertes par la définition prévue à l'article 60 du traité et ne rentrent donc pas dans le champ d'application de la présente directive"¹³⁰.

Sont ainsi exclus, par exemple¹³¹, les services fournis par l'Etat en matière d'enseignement scolaire obligatoire ou de soins hospitaliers, la délivrance de certificat et documents par des administrations publiques (un ministère, une commune, le cadastre, etc.), les actions menées dans le domaine de la défense nationale, de la protection civile, ou du maintien de l'ordre public ou encore les activités liées à l'exercice de la justice civile, pénale, administrative, fiscale, etc. En effet, dans de tels contextes, les sommes d'argent éventuellement versées par le particulier ne constituent pas au sens propre du terme une contrepartie économique pour

¹²⁹ Voy. la proposition de directive du 13 janvier 2004 du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM(2004) 2 final, 2004/0001 (COD), p. 21, disponible en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2004/com2004_0002fr01.pdf.

¹³⁰ Voy. arrêt *Wirth*, précité.

¹³¹ Ces exemples sont tirés du *Vademecum relatif à la directive 98/48/CE qui instaure un mécanisme de transparence réglementaire pour les services de la société de l'information*, p. 14, précité.

l'activité accomplie par l'Etat, à l'instar d'un service à vocation purement économique disponible sur le marché.¹³²

Dans ce contexte, il est impératif de se demander si l'hypothèse d'une plate-forme d'ODR placée sous l'égide de l'Etat (et mise à disposition à titre de "service public") relèverait ou non de cette exclusion. Autrement dit, peut-on considérer qu'un tel service entre dans le cadre de la "mission judiciaire" de l'Etat, ce qui aurait pour conséquence de la soustraire aux dispositions en matière de services de la société de l'information et de commerce électronique ?

En dépit de son organisation par une institution publique, les caractéristiques de la prestation de service d'ODR proposée dans le cadre du présent projet nous autorisent ici à répondre par la négative. En effet, il nous apparaît audacieux d'associer un service consensuel de négociation et de médiation en ligne aux activités judiciaires de l'Etat, et ce, même si certains aspects juridiques de la médiation ont été récemment consacrés dans le Code judiciaire¹³³. L'exclusion, évoquée ci-dessus, vise vraisemblablement l'activité des cours et tribunaux *stricto sensu*, laquelle est entourée des prescriptions légales particulières¹³⁴.

Cela dit, quand bien même certains estimeraient qu'une plate-forme d'ODR placée sous l'égide de l'Etat échapperait au régime légal prévu par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, soulignons ici que l'Etat aurait tout à gagner en mettant en place un service d'ODR qui respecte les dispositions de cette loi.

¹³² Exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1198) 586 final, p. 15.

¹³³ Voy. la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M. B.*, 22 mars 2005.

¹³⁴ En définitive, il incombera aux juges d'interpréter cette notion délicate de "service". Sans doute ne manqueront-ils pas à cet égard de solliciter la Cour de justice des Communautés européennes par le biais d'une question préjudicielle. En Belgique, une question similaire s'est posée en matière de services en ligne prévus dans le cadre du projet "*e-Government*". Voy., à cet égard, l'exposé des motifs (p. 14) de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963) en vertu duquel de tels services ne devraient donc pas tomber sous le coup de la loi. Voy. M. DEMOULIN, CH. LAZARO et E. MONTERO, "La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information", *J.T.*, 2004, pp. 81-95.

Ceci serait incontestablement de nature à promouvoir la confiance des destinataires d'un tel service.

5.3.1.1.2 S'agit-il d'un "service de la société de l'information" selon la directive ?

En vue de préciser la notion inédite de "services de la société de l'information", tant le dispositif que certains considérants de la directive 98/48/CE fournissent des définitions et indications utiles.

La définition de base de "service de la société de l'information" stipule que par cette notion on entend "tout service presté normalement contre rémunération, *à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services*".

Les trois éléments caractérisant conjointement la catégorie des services de la société de l'information sont donc : (i) la prestation à distance ; (ii) la prestation par voie électronique; et (iii) la prestation à la demande individuelle d'un destinataire de services.

De manière générale, la plupart des caractéristiques d'une plate-forme de résolution en ligne des litiges rencontrent les éléments contenus dans la définition d'un SSI.

Ainsi, il ne fait pas de doute qu'un service d'ODR se preste "à distance" dans la mesure où cette condition est respectée dès qu'un service est "fourni sans que les parties soient simultanément présentes"¹³⁵. De même, l'exigence que le service soit presté "par voie électronique" est remplie dès lors que la fourniture du service se fait directement en ligne, par Internet¹³⁶. Cette méthode alternative de résolution de conflits tire sa force précisément de

¹³⁵ Article 1^{er}, § 2, 1^{er} tiret, de la directive 98/48/CE.

¹³⁶ Article 1^{er}, § 2, 2^{ème} tiret, de la directive 98/48/CE. Par "voie électronique" : c'est-à-dire envoyés à l'origine et reçus à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui sont entièrement retransmis, acheminés et reçus par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

l'utilisation de ces nouvelles technologies et de l'automatisation par voie électronique de la procédure^{137 138}.

Enfin, ce système fournit bien un service "à la demande individuelle d'un destinataire de services" puisqu'il se transmet "de point à point", à la demande d'une partie qui souhaite résoudre un litige¹³⁹.

5.3.1.1.2 La notion de "prestataire"

Cette notion est définie à l'article 2, 3°, de la loi qui reprend intégralement les termes de l'article 2, b), de la directive sur le commerce électronique. Le prestataire y est défini comme "toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information". La loi ne vise pas uniquement le vendeur de produits ou de services en ligne mais concerne, plus largement, toute personne exerçant une activité économique en ligne, à titre principal ou accessoire, qu'il soit commerçant, titulaire de profession libérale, hébergeur de site, fournisseur d'accès, prestataire de services de certification, etc.

Cette notion de prestataire de service est donc fort étendue et de nature à englober une plateforme fournissant un service de règlement extrajudiciaire des litiges en ligne.

¹³⁷ Notons qu'une méthode alternative de résolution de litiges qui utiliserait la téléphonie vocale, par exemple pour la consultation d'un médiateur ou comme moyen de conciliation entre les parties, n'entrerait pas dans le champ d'application de la directive. Voy. annexe V, point 2, 3^{ème} tiret, de la directive 98/48/CE.

¹³⁸ De prime abord, la directive semble ne concerner que les services fournis entièrement en ligne, à l'exclusion des services impliquant la livraison d'un bien matériel. En réalité, les services hybrides, fournis pour partie en ligne, pour partie hors ligne (envoi à domicile de billets d'avion réservés en ligne, ou d'un produit commandé en ligne), sont bel et bien soumis aux dispositions de la directive pour la partie fournie en ligne. En fin de compte, seuls sont exclus les services totalement fournis hors ligne et ce, même s'ils impliquent l'utilisation de dispositifs électroniques.

¹³⁹ Enfin, on se borne à relever que l'expression "à la demande individuelle d'un destinataire du service" tend à englober tous les services transmis "de point à point", telle la vidéo à la demande, et à exclure, au contraire, les services transmis "de point à multipoint", telles la télévision, la radiodiffusion ou encore la quasi-vidéo à la demande.

5.3.1.1.3 La notion de “destinataire du service”

La notion de “destinataire du service” vise indifféremment le professionnel et le consommateur et couvre “toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l’information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible”¹⁴⁰. La notion de “consommateur” s’entend, elle, de “toute personne physique qui acquiert ou utilise des biens ou des services à des fins excluant tout caractère professionnel”¹⁴¹.

5.3.1.2 L’identification du prestataire de service

5.3.1.2.1 Le régime général de l’article 7 de la loi

Afin de garantir la transparence sur les réseaux et, partant, de gagner la confiance des utilisateurs, la loi impose aux prestataires de services de la société de l’information, la fourniture d’une série de renseignements, ainsi que la mise en œuvre de mesures techniques spécifiques. Tout d’abord, une obligation générale d’information, s’imposant à tous les prestataires de services, concerne l’identité et l’activité du prestataire.

L’article 7 de la loi met en œuvre l’article 5 de la directive sur le commerce électronique qui impose un socle minimal d’informations à donner par tous les prestataires de services¹⁴².

Sans entrer dans le détail, cette exigence d’un socle minimal d’informations concerne la mise en évidence d’une série d’informations générales, relatives au prestataire et à son activité professionnelle, telles que son nom, son adresse géographique d’établissement, les

¹⁴⁰ Article 2, 5°, de la loi qui reprend intégralement les termes de l’article 2, d), de la directive.

¹⁴¹ Article 2, 6°, de la loi.

¹⁴² Il faut souligner que les informations requises par l’article 5 de la directive doivent être produites par *tout prestataire* de services de la société de l’information, et non uniquement par les prestataires qui pratiquent le commerce électronique. A cet égard, les travaux préparatoires de la directive précisent que ces informations doivent être accessibles *même s’il n’y pas de contrat*. Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive du parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, du 18 novembre 1998, COM(1998) 586 final, p. 24.

coordonnées permettant d'entrer directement et efficacement en contact avec lui (notamment une adresse e-mail), etc.¹⁴³. En outre, il serait vain d'imposer la fourniture d'informations sur les réseaux numériques sans poser des exigences relatives à leur présentation : à cet égard, l'article 7 reprend le prescrit de la directive et précise que l'accès doit être facile, direct et permanent. Par exemple, un lien hypertexte facilement accessible vers une page contenant ces informations remplit cette dernière exigence.

Une deuxième catégorie d'obligations visée par l'article 7 concerne les prix¹⁴⁴. Selon le modèle économique adopté pour le projet, il conviendra de rester attentif, le cas échéant, à ce que les prix soient indiqués de manière claire et non ambiguë.

Enfin, la loi prévoit encore d'autres types d'obligations spécifiques relatives aux informations à fournir selon les activités entreprises par le prestataire de services. Ainsi, elle prévoit des principes d'identification dans les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information. Ces principes ont été consacrés par l'article 13 de la loi qui stipule que la communication commerciale doit être identifiable comme telle et comporter la mention "publicité" et doit indiquer la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est faite.

5.3.1.2.2 L'information relative aux codes de conduite

En ce qui concerne cette obligation générale de transparence, il importe de souligner l'originalité de la loi belge par rapport au texte la directive. Le législateur belge a en effet inclus dans ce socle minimal d'informations¹⁴⁵, celle relative aux codes de conduite, alors que la directive a placé cette obligation dans la section consacrée aux contrats conclus par voie électronique. L'objectif du législateur belge était de tenir compte du fait que tout prestataire d'un service de la société de l'information est susceptible d'adhérer à de tels codes, sans pour autant réaliser du commerce électronique.

¹⁴³ Le cas échéant, le prestataire doit également indiquer son numéro de registre du commerce, son numéro de TVA, le régime d'autorisation auquel il est soumis, l'association ou l'organisation professionnelle auprès de laquelle il est inscrit, le titre professionnel qu'il s'est vu octroyer.

¹⁴⁴ Voy. article 7, § 2, de la loi.

¹⁴⁵ Article, 7, § 1^{er}, 8^o, de la loi.

En conséquence, tout prestataire doit donner des renseignements sur les éventuels codes de conduite pertinents auxquels il serait soumis¹⁴⁶ ainsi que sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique. Dans le cas d'une plate-forme d'ODR, cela concernera, par exemple, le code de conduite en matière de vie privée ainsi que celui relatif au processus de résolution.

De manière générale, il importe de souligner que l'adhésion à un code de conduite n'est nullement exigée par la directive. Mais lorsqu'un prestataire adhère à un tel code, l'article 10, § 2, lui impose un devoir d'information. En offrant la possibilité d'accéder au code et d'en consulter les règles, le prestataire permet à l'utilisateur de vérifier quel est le degré d'exigence de ce code et s'il est respecté. Si le prestataire ne respectait pas ses engagements, le destinataire pourrait sans aucun doute invoquer la législation en matière de pratiques commerciales déloyales¹⁴⁷.

En outre, la mention de l'adhésion à un tel code a pour effet d'intégrer ses règles au domaine du contrat. Si ces codes contiennent des dispositions pertinentes pour le contrat, elles pourront être invoquées par le destinataire du service comme faisant partie des conditions contractuelles¹⁴⁸. C'est sans doute afin de souligner cette intégration contractuelle des codes de conduite, que le législateur européen a fait figurer cette exigence d'information dans la section de la directive consacrée aux contrats conclus par voie électronique, et non au stade des informations générales à fournir dans le cadre de l'article 5.

5.3.1.3 La conclusion de contrats par voie électronique

5.3.1.3.1 La transparence du processus contractuel

¹⁴⁶ Voy. *infra*, p. 158 (police vie privée) et p. 198 (code de conduite).

¹⁴⁷ Voy., notamment, article, 6, § 2, b), de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur "les pratiques commerciales déloyales", *J.O.C.E.*, n° L 149 du 11 juin 2005, pp. 22-39.

¹⁴⁸ Voy., P. VAN OMMEFLAGHE, "L'autorégulation – Rapport de synthèse", in *L'autorégulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 266, n°34 ; P. DE LOCHT & CH. LAZARO, "Les codes de conduite dans le commerce électronique : voyage dans les interstices du droit", in *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, *op. cit.*, pp. 297-326, spéc. n°s 576 et s.

Le consommateur ou le commerçant qui utilise une plate-forme d'ODR passe généralement un contrat avec cette dernière pour employer le système mis en place et participer au processus de résolution.

A titre d'exemple, voici ce que le "ODR User Agreement" de SquareTrade (eBay) stipule dans une première section rédigée en lettres capitales :

"This online dispute resolution agreement ('agreement') is between each user ('you') and SquareTrade, inc. ('SquareTrade') regarding your use of SquareTrade's online dispute resolution services.

Please read this agreement and SquareTrade's privacy policy carefully. By checking the 'I agree' box in the case filing form, you :

Represent that you have read, understood, and agree to be legally bound and to abide by this agreement and SquareTrade's privacy policy as if you signed them. If you do not agree to the terms and conditions of this agreement and SquareTrade's privacy policy, click the 'I do not accept' button in the case filing form, in which case you may not use this site, and you may not use the process or any other SquareTrade services".

Dans cette hypothèse, la plate-forme d'ODR, en tant que prestataire d'un SSI, est soumise aux obligations spécifiques d'information relatives à la passation de contrats sur le réseau.

Certes, l'obligation précontractuelle de renseignement n'est pas chose nouvelle et acquiert une importance croissante, en particulier en droit de la consommation. Néanmoins, dans la directive sur le commerce électronique, le contenu des informations à fournir conformément à l'article 10 s'attache à la spécificité des contrats conclus électroniquement. Eu égard à la facilité et à la rapidité avec laquelle un contrat peut être conclu sur les réseaux, il convient d'éviter à tout prix que le destinataire du service ne soit prisonnier d'un engagement qu'il n'aurait pas voulu, suite à une bévue ou une inadvertance. L'article 8 de la loi met en œuvre cet objectif ; il s'agit ici de fournir au destinataire du service toutes les informations

techniques nécessaires à l'enregistrement de la commande et, ce faisant, de garantir la transparence du processus contractuel, en vue d'un consentement libre et éclairé¹⁴⁹.

A cette fin, il incombe aux prestataires d'indiquer les langues proposées pour la conclusion du contrat, les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat et les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données, et enfin de préciser si le contrat une fois conclu est archivé ou non et s'il est accessible ou non¹⁵⁰. Soulignons en outre que ces informations doivent être formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque. Hormis ces informations à caractère "technique", le prestataire doit également fournir des informations relatives aux clauses contractuelles et conditions générales¹⁵¹.

Chacun des éléments d'informations évoqués ci-dessus mériterait un commentaire circonstancié. Dans le cadre de la présente étude, on se contente de formuler quelques observations¹⁵².

(1) Les langues proposées pour la conclusion du contrat : Le prestataire doit indiquer les langues qu'il propose pour la conclusion du contrat (art. 8, § 1^{er}, 1^o).

(2) Le jalonnement du contrat : lors de la conclusion d'un contrat par voie électronique, il importe d'éviter la formation de contrats par erreur, par inadvertance ou par jeu. Aussi, afin de s'assurer que le destinataire du service a pleinement conscience de s'engager dans les liens d'un contrat, le prestataire doit indiquer clairement quelles sont les différentes étapes

¹⁴⁹ Pour de plus amples développements sur l'obligation d'information et la protection du consentement dans la conclusion de contrats par voie électronique, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 730-765.

¹⁵⁰ Toutes ces informations doivent, en outre, être fournies de manière *claire* et *non équivoque*. On retrouve ici les principes d'accessibilité et d'identification de l'information.

¹⁵¹ Notons que ces informations s'ajoutent à celles que le prestataire est déjà tenu de fournir en vertu du droit commun ou de législations particulières.

¹⁵² M. DEMOULIN, "Information et transparence sur les réseaux", in *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, *op. cit.*, p. 95 et s., n^{os} 177 et s.

techniques à suivre avant d'arriver à la conclusion de celui-ci (art. 8, § 1^{er}, 2^o). Notons qu'en posant cette exigence, le législateur européen s'est inspiré d'une pratique déjà largement répandue sur les réseaux¹⁵³.

Dans ce contexte, une bonne information générale sur le fonctionnement du site web d'un service d'ODR aura le mérite de clarifier le déroulement du processus contractuel. A cette fin, le recours à une rubrique d'aide – pratique qui s'est également généralisé sur les sites de commerce électronique – pourrait s'avérer utile. Accessible depuis chaque page via un lien, elle fournit au visiteur un grand nombre d'informations sur le fonctionnement du site, les modalités de passation du contrat, les solutions en cas de problèmes, les astuces de navigation, etc.

(3) Les dispositifs de correction et d'identification des erreurs : afin d'éviter tout engagement involontaire suite à une fausse manœuvre ou à une distraction, l'article 8, § 1^{er}, 3^o, requiert une information claire du destinataire quant à l'existence des moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données¹⁵⁴.

(4) L'archivage du contrat : l'archivage est une pratique de plus en plus courante chez les prestataires de services de la société de l'information, qui procèdent de la sorte afin de conserver une trace de l'opération effectuée et de se ménager ainsi une preuve en cas de contestation¹⁵⁵. Dans une telle hypothèse, l'article 8, § 1^{er}, 4^o, de la loi prévoit que le cocontractant doit être informé non seulement de l'existence de cet archivage, mais aussi de la possibilité d'y accéder ou non.

¹⁵³ Généralement, le processus de commande est découpé en une série de haltes et d'étapes incontournables, propices à la réflexion. Tout le long de ce cheminement, chaque passage à l'étape ultérieure est conditionné par l'approbation du destinataire, exprimée en cliquant sur l'icone prévu à cet effet. A tout moment, il est loisible d'interrompre le processus et de revenir en arrière, sans conclure le contrat. Ainsi, pas à pas, le consentement du cocontractant se construit. Au terme de ce processus, lorsque tous les éléments du contrat sont déterminés, un récapitulatif de l'opération apparaît à l'écran et le destinataire est invité à vérifier l'exactitude des données avant de valider définitivement le contrat, d'un clic final.

¹⁵⁴ En corollaire, l'article 9 impose au prestataire de mettre de tels moyens sur son site à la disposition du destinataire du service, et ce, avant la passation de la commande, voy. *infra*, p. 140.

¹⁵⁵ A propos de la charge de la preuve, voy. *infra*, p. 142.

Il convient de souligner qu'il n'est nullement imposé au prestataire de procéder systématiquement à un archivage du contrat. Et même s'il archive le contrat, l'obligation du prestataire est simplement d'informer le destinataire de l'existence de cette archive, non de lui permettre d'y accéder. On se demande d'ailleurs s'il est d'un grand secours pour le client d'être informé de l'existence d'un archivage du contrat auquel il ne pourrait avoir accès... ¹⁵⁶.

Enfin, notons au passage que l'archivage du contrat constitue sans aucun doute un traitement de données personnelles, puisque le contrat contient un certain nombre de renseignements sur le destinataire. A ce titre, le prestataire d'ODR est tenu au respect des dispositions de la législation relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel¹⁵⁷.

(5) Les clauses contractuelles et les conditions générales : En ce qui concerne les conditions générales, l'article 8, § 2, de la loi se borne à exiger qu'elles soient fournies, le cas échéant, d'une manière qui permette au destinataire de les conserver et de les reproduire. Cette exigence peut être satisfaite, selon nous, si la possibilité est offerte, sur le site web du prestataire, d'imprimer les conditions ou de les enregistrer sur le disque dur de l'ordinateur du destinataire¹⁵⁸.

5.3.1.3.2 Les obligations relatives à la conclusion du contrat

¹⁵⁶ On devine ici le malaise du législateur européen face aux nombreuses interrogations que soulève encore l'archivage électronique (méthodes, coûts, fiabilité, etc.). Sur ces questions, voy. notamment M. DEMOULIN et D. GOBERT, "L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ?", in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 101-130 ; ainsi que les nombreuses études menées dans le cadre du projet DAVID (*Digitale Archivering in Vlaamse Instellingen en Diensten*), disponibles en ligne, à l'adresse <http://www.antwerpen.be/david>.

¹⁵⁷ Voy. *infra*, p. 150.

¹⁵⁸ Soulignons que l'article 10, § 3, de la directive n'impose pas une obligation de communiquer les conditions générales. A cet égard, le droit commun s'applique : il n'est pas obligatoire de communiquer les conditions générales, mais, pour que celles-ci soient opposables au cocontractant, il faut que ce dernier ait eu la possibilité d'en prendre connaissance et de les accepter avant la conclusion du contrat. De même, les dispositions relatives aux conditions de vente et aux clauses abusives demeurent applicables dans les relations avec un consommateur.

En ce qui concerne la conclusion du contrat proprement dite, il convient de tenir compte de plusieurs dispositions de la loi sur le commerce électronique.

Ainsi, il faut d'abord être attentif à la question de la prévention des risques d'erreur. En effet, lors de la conclusion d'un contrat en ligne, l'utilisateur est susceptible de commettre des erreurs de différents types. D'une part, une erreur intellectuelle portant sur une qualité essentielle du bien ou du service offert, d'autre part une erreur matérielle dans la saisie des données. Seul le deuxième type d'erreur est envisagé par la directive sur le commerce électronique.

Il s'agit là d'un genre particulier d'erreur, de type matériel, propre à la conclusion de contrats sur l'internet. En effet, une erreur dans la saisie des données sera due à une mauvaise utilisation du moyen technique mis en place par le prestataire pour conclure le contrat en ligne.

Dans ce contexte, l'article 9 de la loi (transposant l'article 11, § 2, de la directive) impose au prestataire l'obligation de mettre à disposition du destinataire du service les moyens techniques, appropriés lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce, avant la passation de la commande.

Ensuite, il importe de s'intéresser aux dispositions relatives à la passation de la commande dans un environnement numérique. Notons à cet égard que la question, délicate s'il en est, du moment de la conclusion du contrat par voie électronique a suscité de vifs débats au moment des travaux préparatoires de la directive¹⁵⁹. Après plusieurs hésitations, le législateur européen a finalement renoncé à la trancher pour ne plus retenir que l'obligation pour le prestataire d'un SSI d'envoyer un accusé de réception de la commande du destinataire du service¹⁶⁰, en laissant aux Etats membres le soin de régler le problème du moment de la formation du contrat par voie électronique. A l'instar de la directive, la loi belge évite soigneusement toute référence aux notions d'offre et d'acceptation, auxquelles elle préfère la terminologie neutre

¹⁵⁹ Voy. M. DEMOULIN, "La passation d'un commande sur les réseaux", *op. cit.*, p. 245 et s., n^{os} 449 et s.

¹⁶⁰ En outre, il est significatif d'observer que le texte de la directive utilise en son article 11 la terminologie neutre de "passation de la commande".

de “commande”, afin de ne pas inférer sur le moment de conclusion du contrat, qui continue d’être déterminé par le droit commun et la théorie des contrats entre absents¹⁶¹.

Dans ce contexte, la loi impose au prestataire, postérieurement à la passation de la commande, l’obligation d’accuser réception de la commande, sans délai injustifié et par voie électronique (art. 10, 1^o)¹⁶².

Cet accusé de réception doit au minimum contenir un récapitulatif de la commande (art. 10, 2^o), afin de permettre au destinataire de vérifier *a posteriori* l’exactitude de sa commande et de conserver une preuve du contenu du contrat, en cas de contestation.

Enfin, la loi précise que la commande et l’accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès (art. 10, 3^o).

La plate-forme devra naturellement veiller à se conformer à ces règles¹⁶³.

5.3.1.4 Remarques finales

Les dispositions des articles 8 à 10 de la loi (ainsi que l’article, 7, § 1^{er}, 8^o consacré aux codes de conduite) que nous venons d’évoquer ne sont impératives que dans les relations entre professionnels et consommateurs, à l’exception de l’article 8, § 2, relatif à la manière de présenter les conditions générales, qui s’impose à tous (art. 11, al. 1^{er}).

En outre, ces dispositions ne s’appliquent qu’aux contrats conclus sur un site web, et non à ceux conclus exclusivement au moyen d’un échange de courriers électroniques, y compris par *chat*, vidéoconférence, S.M.S., etc. (art. 11, al. 2).

¹⁶¹ Voy. le commentaire de l’article 11 du projet de loi (devenu l’article 10 de la loi), exposé des motifs, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶² Par exemple, par courrier électronique ou par affichage d’une page web de confirmation.

¹⁶³ Nous approfondirons plus loin la problématique de la conclusion des contrats par voie électronique, notamment au regard du formalisme attaché aux accords de médiation en vertu de la loi du 21 février 2005, voy. *infra*, p. 202 et s.

Enfin, à l’instar de l’article 82, § 1^{er}, de la loi sur les pratiques de commerce, l’article 12 de la loi prévoit que la preuve du respect des exigences d’information des articles 7 à 10 incombe au prestataire¹⁶⁴..

5.3.2 La sécurité des informations

5.3.2.1 Introduction

Globalement, outre le fait de faciliter la communication entre parties impliquées dans un litige, l’utilisation des nouvelles technologies dans le cadre des modes alternatifs de résolution des litiges permet avec plus de facilité la collecte, la transmission ainsi que la conservation de l’information relative au litige.

Cependant, en dépit des nombreuses facilités offerts par ces supports de communication, ces derniers présentent également des inconvénients, spécialement en termes de sécurité. Dans un système de résolution *en ligne* des litiges, il incombe dès lors à une plate-forme d’ODR de développer une réelle politique en la matière¹⁶⁵ et d’en informer les utilisateurs¹⁶⁶. Cette exigence s’impose d’autant plus que la confidentialité constitue un des principes fondamentaux en matière de modes alternatifs de résolution des litiges¹⁶⁷.

¹⁶⁴ En fonction du modèle économique retenu, il conviendra, au cours du développement du projet, de s’attarder le cas échéant sur la question des paiements par voie électronique. Voy. M. GUSTIN, “Les paiements électroniques”, Formation continue des Magistrats “Droit et nouvelles technologies”, Bruxelles, Résidence Palace, 12-13 décembre 2002.

¹⁶⁵ National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC), “Dispute Resolution and Information Technology – Principles for Good Practices (Draft)”, March 2002, pp. 12-13, disponible en ligne à l’adresse <http://www.nadrac.gov.au/adr/DisputeResolutionInformationTechnology.htm>. Voy. les recommandations de l’International Chamber of Commerce, “Resolving disputes online – Best practices for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transactions”, *op. cit.*, p. 12; il est conseillé aux organes d’ODR de : “Follow relevant security best practices, taking note of, for example, ISO standard IS17799, the 2002 OECD Guidelines for the security of networks and information systems, sectoral codes and industry best practice as appropriate”.

¹⁶⁶ Pour accroître la confiance dans les mécanismes d’ODR, il est d’usage de publier une “police sécurité” à l’attention des utilisateurs ; voy., par exemple, la plate-forme ECODIR, <http://www.ecodir.org/fr/policies/index.htm>.

¹⁶⁷ Voy. *infra*, p. 161 et s.

Dans cette perspective, le concept de sécurité recouvre un ensemble de méthodes, techniques et outils chargés de protéger les ressources d'un système d'information afin d'assurer¹⁶⁸ :

- *la disponibilité des services* : les services (ordinateurs, réseaux, périphériques, applications ...) et les informations (données, fichiers...) doivent être accessibles aux personnes autorisées quand elles ont besoin ;
- *la confidentialité des informations* : les informations n'appartiennent pas à tout le monde, seuls peuvent y accéder ceux qui en ont le droit ;
- *l'intégrité des informations et des systèmes* : les services et les informations (fichiers, messages...) ne peuvent être modifiés que par les personnes autorisées.

En substance, il s'agit dès lors pour une plate-forme d'ODR de mettre en place des mesures permettant d'éviter non seulement toute destruction, perte ou altération accidentelle des données, mais également toute divulgation ou accès non autorisé et toute autre forme de traitement illicite de celles-ci¹⁶⁹.

Bien entendu, au-delà des mesures purement techniques, il faut également tenir compte des différents dispositifs normatifs appréhendant, soit directement¹⁷⁰ soit indirectement¹⁷¹, les multiples aspects de cette problématique.

¹⁶⁸ R. LONGEON & J.-L. ARCHIMBAUD, *Guide de la sécurité des systèmes d'information*, CNRS, p. 12, disponible en ligne à l'adresse <http://strategique.free.fr/analyses/guidessi.pdf>.

¹⁶⁹ V. BONNET *et alii*, "Electronic Communication Issues Related to Online Dispute Resolution Systems", Proc. WWW2002 - The Eleventh International World Wide Web Conference - Alternate Track CFP: Web Engineering, Honolulu, Hawaii, conference on 7-11, May, 2002, disponible en ligne à l'adresse <http://www2002.org/CDROM/alternate/676/>.

¹⁷⁰ Voy. la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001, disponible en ligne à l'adresse <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Word/185.doc> (signée par la Belgique le 23 novembre 2001, mais pas encore ratifiée) ; les dispositions en matière de protection des données à caractère personnel, de signature électronique, de paiement électronique, etc.

¹⁷¹ Voy. la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales (article 8), Rome, 4 novembre 1950 ; les dispositions en matière de secret des correspondances (article 29 de la Constitution), etc.

Ces dispositifs ont pour vocation non seulement d'interdire certaines pratiques considérées comme illicites, mais également d'imposer à certains acteurs la mise en œuvre de mesures spécifiques.

5.3.2.2 La transmission et la conservation des informations

De manière générale, la protection de l'information concerne essentiellement deux aspects: la transmission et la conservation des données. Ces deux aspects requièrent différents moyens de protection mais sont exposés à des risques identiques : d'une part, il s'agit d'empêcher l'accès non autorisé aux informations (ce qui signifie assurer la protection de la *confidentialité* des messages¹⁷²), d'autre part d'éviter toute altération de ces informations (ce qui signifie assurer la protection de la *l'intégrité* des messages).

Les mesures de sécurité peuvent être organisationnelles (nomination d'un "responsable de la sécurité" des données, mise en place de mesures de sécurité précises à respecter pour les documents communiqués au personnel ...) ou techniques¹⁷³.

En matière de transmission des informations, l'utilisation d'un simple courrier électronique est généralement considérée comme peu fiable. En effet, un simple courrier électronique ne rencontre pas les exigences minimales de protection de la confidentialité et de l'intégrité des informations. Le courrier électronique peut cependant être sécurisé par différents moyens.

Certains logiciels, comme le système Secure Multipurpose Internet Mail Exchange Protocol (S/MIME) ou le système Pretty Good Privacy¹⁷⁴, qui rencontrent un certain succès dans la

¹⁷² Outre la protection des données et du support de communication, il est important de protéger le traitement des données lui-même. Par exemple, en ce qui concerne la confidentialité, il n'est pas suffisant de garantir la confidentialité des données elles-mêmes. Encore faut-il traiter ces données de manière confidentielle (par exemple, en ce qui concerne la publication des résultats du litige, voy. *infra*, p. 120).

¹⁷³ E. LONGWORTH, "Design Issues in Online Dispute Resolution Systems", WIPO International Conference on Dispute Resolution, Geneva, November 6, 2000, disponible en ligne à l'adresse <http://arbitrator.wipo.int/events/conferences/2000/presentations/longworth/sld055.html>.

communauté des internautes, permettent d'assurer la confidentialité et l'intégrité d'un message et même d'en authentifier l'origine. Le courrier électronique peut également être sécurisé par le recours à la signature électronique reposant sur des procédés de cryptographie asymétrique ou "à clé publique". Actuellement, il s'agit sans doute du procédé technique le plus fiable ; l'utilisation d'une telle signature associée à un certificat délivré par un tiers de confiance permet non seulement d'assurer l'intégrité du message mais aussi d'avoir la certitude de l'identité du signataire.

A cet égard, il n'est pas inutile de souligner que les législateurs européen¹⁷⁵ et nationaux¹⁷⁶ sont intervenus en vue d'assurer la reconnaissance légale de la signature électronique, afin de garantir la valeur probatoire des écrits signés électroniquement lorsqu'ils satisfont à certaines normes technologiques minimales en la matière¹⁷⁷. Ces normes ont notamment pour objectif d'offrir à l'écrit sur support électronique les mêmes garanties que celles de l'écrit sur support papier (intégrité, stabilité, durabilité, etc.). En effet, de manière générale, force est de constater que "l'écrit sous forme électronique ne saurait se suffire à lui-même : il a besoin d'un 'plus' pour s'aligner sur l'écrit papier"¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Voy. À propos de S/MIME, <http://www.imc.org/smime-pgpmime.html> et à propos de PGP, <http://web.mit.edu/network/pgp.html>.

¹⁷⁵ Voy. la Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13/12, 19 janvier 2000.

¹⁷⁶ Voy. la Loi introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M. B.*, 22 décembre 2000, p. 42698 ; la Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M. B.*, 29 juillet 2001, p. 33070 ; l'Arrêté royal du 6 décembre 2002 organisant le contrôle et l'accréditation des prestataires de service de certification qui délivrent des certificats qualifiés, *M. B.*, 17 janvier 2003.

¹⁷⁷ Voy. la notion de "signature électronique avancée" (article 2, 2° de la directive 1999/93/CE). La directive prévoit à cet égard une clause d'assimilation (article 5, § 1^{er}) ; celle-ci consiste à assimiler la signature électronique à la signature manuscrite lorsque les conditions suivantes sont remplies : elle doit être avancée au sens de l'article 2.2, reposer sur un certificat qualifié tel que défini à l'article 2.10, et enfin elle doit être créée par un dispositif sécurisé de création de signature tel que décrit à l'annexe 3 de la directive.

¹⁷⁸ D. GOBERT et E. MONTERO, "L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique", *J.T.*, 2001, p. 114.

Ce “plus” passe notamment par l’implémentation d’une architecture technique conséquente exigeant le recours à des procédés de cryptographie, de tierce certification et, plus généralement, de sécurité informatique¹⁷⁹.

Toutefois, dans la pratique, on peut observer que les prestataires d’ODR présents sur le net optent prioritairement pour une autre solution, et ce, au détriment des logiciels de sécurisation de courrier électronique ou des systèmes de signature électronique précédemment évoqués : un système centralisé, articulé autour d’un serveur contrôlé ou un site spécifique¹⁸⁰. Dans un tel système, l’échange d’informations entre les parties est administré et centralisé au niveau d’un espace réservé sur un site web (*web-based communications*) et les communications sont, dès lors, plus faciles à sécuriser, par exemple en utilisant la technologie Secure Sockets Layer (SSL), qui protège le Hypertext Transfer Protocol¹⁸¹.

A titre d’exemple, le site web de la plate-forme ECODIR utilise le cryptage SSL pour la collecte de renseignements personnels¹⁸². Par ce procédé, tous les renseignements personnels, dont le numéro des cartes de crédit et les noms et adresse de l’utilisateur, sont cryptés, afin d’empêcher leur lecture durant leur transfert sur l’Internet. Chacun des utilisateurs dispose d’une boîte de courrier électronique sécurisée (sm) facilement accessible à partir du site.

¹⁷⁹ Nous renvoyons sur ce point aux nombreuses études consacrées à la signature électronique : S. PARISIEN et P. TRUDEL, *L’identification et la certification dans le commerce électronique*, Québec, Ed. Yvon Blais Inc., 1996, pp. 93-113 ; J. HUBIN, “La sécurité informatique, entre technique et droit”, *Cahiers du CRID*, n° 14, E. Story-Scientia, 1998, spéc. Pp. 68-112 ; D. GOBERT et E. MONTERO, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l’approche fonctionnelle”, in *Commerce électronique. Le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53-97 ; D. GOBERT, “Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001”, in *La preuve*, Formation permanente CUP, Liège, Volume 54, mars 2002, pp. 83 à 172.

¹⁸⁰ Voy. J. HÖRNLE, “Online Dispute Resolution – The Emperor’s New Clothes”, Queen Mary, University of London, 2002, p. 6, disponible en ligne à l’adresse <http://www.ombuds.org/center/adr2002-9-Hornle1.html>.

¹⁸¹ La protection est indiquée dans la barre de navigation: <https://...> Au lieu de <http://...> Voy. <http://www.w3.org/Protocols>.

¹⁸² <http://www.ecodir.org/fr/policies/index.htm>. Voy. aussi l’article 7 de la “Privacy Policy” de SquareTrade : “SquareTrade uses industry standard efforts to safeguard the confidentiality of your personal identifiable information, such as encryption and Secure Socket Layers. SquareTrade has security measures in place to protect the loss, misuse, or alteration of any information under our control. However, “perfect security” does not exist on the Internet”, disponible en ligne à l’adresse <http://www.squaretrade.com>.

La boîte de courrier électronique sécurisée utilise SSL 3.0 pour protéger toute communication confidentielle. Ainsi lorsqu'un utilisateur soumet par le site web une information à caractère sensible, celle-ci est protégée en ligne ainsi que hors connexion¹⁸³.

Un tel système de *web-based communication* permet indéniablement de limiter la démultiplication des risques inhérente aux systèmes ouverts dans lesquels les exigences de sécurité doivent être assurées à la source, c'est-à-dire à partir de chaque ordinateur des protagonistes du litige¹⁸⁴. Notons, à cet égard, que les logiciels de sécurité sont relativement difficiles à implémenter pour le profane. Enfin, le recours à un système de signature électronique semble difficile à mettre en œuvre, spécialement dans le cadre d'un service d'ODR essentiellement consacré aux "petits" litiges de consommation. En effet, compte tenu de la nature de l'architecture technique à implémenter ainsi que des coûts qu'une telle architecture implique, il apparaît peu raisonnable d'imposer, surtout à l'égard des consommateurs, l'utilisation d'un dispositif de signature électronique.

En matière de conservation des informations, la plate-forme doit faire face aux mêmes risques qu'en matière de transmission. Celle-ci en effet sera amenée au cours de sa mission à enregistrer et conserver une série d'informations relatives au litige ; notamment, elle va conserver les données transmises dans le formulaire de plainte, les messages échangés par les parties, les documents et pièces qui y sont joints, etc. D'un point de vue organisationnel, les parties devraient être informées de l'enregistrement avant qu'il n'ait lieu, des raisons pour lesquelles les informations sont enregistrées et de la durée de conservation de ces informations. D'un point de vue technique, les mesures de sécurité vont quelque peu différer de celles utilisées en matière de transmission ; par exemple, le plus souvent, on aura recours à des pare-feu (*firewalls*).

¹⁸³ Ce site possède un certificat numérique Thawte enregistré (Thawte Digital Certificate) qui en assure l'authenticité.

¹⁸⁴ PH. MIRÈZE, "Where is everyone going with online dispute resolution (ODR) ?", p. 3, disponible en ligne à l'adresse http://www.ombuds.org/cyberweek2002/library/ODR_MirezePhillipe.doc.

5.3.2.3 L'identification des parties

De manière générale, la problématique de la sécurité des communications électroniques et de données soulèvent également des questions relatives à l'identification des parties. Par hypothèse, lors de la conclusion d'un contrat sur les réseaux, les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre. Alors que les autres moyens de communication permettent une identification par la voix, par l'écriture ou sur la base des documents d'identité produits, l'identification sur les réseaux passe par d'autres signes de distinction, dont la fiabilité est variable.

A cet égard, le recours à une signature électronique fondée sur un système de clés cryptographiques asymétriques apparaît à nouveau comme la panacée. En effet, “traditionnellement cantonnée au plan probatoire – pour attester *a posteriori*, en cas de contestation, la présence d'une partie à un acte juridique et son adhésion au contenu de celui-ci –, elle tend à apparaître comme un précieux moyen d'identification *a priori*, et par là, comme une exigence inhérente à la formation même du contrat”¹⁸⁵.

Sur un plan juridique, notons toutefois, que la législation en matière de signature électronique ne condamne pas automatiquement les modes de signature qui ne revêtent pas les caractéristiques d'une “signature électronique avancée”. En effet, en vertu de la clause de non-discrimination imposée par le législateur européen, l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice d'une signature électronique ne peut être refusée pour le seul motif que la signature se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou encore qu'elle ne repose pas sur un prestataire de service de certification accrédité au sens de la directive.

¹⁸⁵ M. DEMOULIN & E. MONTERO, “La conclusion des contrats par voie électronique”, in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen* (M. Fontaine sous dir. de), Bruxelles – Bruylant, Paris – L.G.D.J, 2002, pp. 744-745.

Le principe énoncé ici doit être entendu comme celui de la recevabilité des signatures électroniques *lato sensu*, ce qui constitue en soi un énorme progrès par rapport aux règles traditionnelles du droit de la preuve^{186 187}. Dans ce contexte, la plate-forme pourrait baser le processus d'identification des parties sur un système de connexion avec identifiant et mot de passe, puisque le recours à des procédés de cryptographie asymétrique s'avère difficilement praticable. Bien entendu, il importe à cet égard d'informer les parties sur la nécessité d'être le plus prudent possible et de mettre tout en œuvre pour assurer la confidentialité de ces données d'accès.

A titre d'exemple, la police vie privée développée par la plate-forme ECODIR contient une disposition relative au contrôle du mot de passe qui s'adresse directement à l'utilisateur :

“Pour utiliser les services ECODIR de résolution de conflits vous devez créer un mot de passe et un code d'utilisateur. Vous êtes tenus de maintenir la confidentialité de votre mot de passe et de votre compte. Ne divulguez votre mot de passe à personne, et n'utilisez sous aucun prétexte le mot de passe et le compte de quelqu'un d'autre. Vous êtes entièrement responsable de toutes les activités qui se produisent sur ou par l'intermédiaire de votre compte. Si la confidentialité de votre mot de passe a été compromise, vous devez en changer immédiatement”¹⁸⁸.

On trouve le même genre de disposition au sein de la police vie privée de SquareTrade :

“You may not disclose your password to any third parties or share it with any third parties. If, despite the foregoing, you lose control of your password, you may lose substantial control over your personally identifiable information. Therefore, if your password has been compromised for any reason, you should immediately change your password from the home page (www.squaretrade.com). SquareTrade Seal Program Members may change their membership passwords and other personal identification information by contacting Member Services at memberservices@squaretrade.com , or by going to the Member Services Page on the SquareTrade website”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Voy. les critères d'intégrité et d'imputabilité imposés par l'article 1322 C. C. Sur cette problématique, voy. *infra*, p. 207.

¹⁸⁷ En ce qui concerne l'approche fonctionnelle consacrée par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, voy. *infra*, p. 204.

¹⁸⁸ <http://www.ecodir.org/fr/policies/vieprivee.htm>.

¹⁸⁹ Voy. l'article 5, intitulé “Control of Your Password”, <http://www.squaretrade.com>.

En outre, l'identification réalisée par ce procédé ne bénéficiant pas d'une fiabilité comparable à la signature électronique, il serait opportun de prévoir un mécanisme de courrier électronique de confirmation, au moment où la personne concernée sollicite son accès à la plate-forme. Une telle pratique permettrait d'éviter les cas d'inscription abusive (usurpation d'identité, fausse identité), bien que cette circonstance ne devrait survenir que très rarement.

5.3.3 la protection des données à caractère personnel

5.3.3.1 Introduction

Dans le cadre de ses activités, toute plate-forme d'ODR est amenée à collecter, transmettre et conserver des données à caractère personnel que les parties en litiges lui communiquent à l'occasion du processus de résolution des litiges (en particulier, au moment du dépôt de la plainte : nom, prénom, adresse e-mail, etc.). A ce titre, la plate-forme d'ODR procède donc à un *traitement* de données au sens de la législation en matière de protection des données à caractère personnel¹⁹⁰.

Cette notion de *traitement*¹⁹¹ est relativement large et vise toute opération ou ensemble d'opérations appliqués à des données personnelles. Les opérations dont il s'agit sont particulièrement variées et comprennent la collecte de données, leur conservation, leur utilisation, leur modification, leur transmission, etc¹⁹².

En conséquence, une plate-forme d'ODR doit être considérée comme un "responsable du traitement". En effet, la loi désigne comme responsable du traitement la personne qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités (par exemple, la collecte de données à

¹⁹⁰ Voy. la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281, 23 novembre 1995, pp. 31-50 ; la Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel, 18 mars 1993 (voy. la version coordonnée) et son Arrêté royal d'exécution du 13 février 2001, *M. B.*, 13 mars 2001, p. 7839.

¹⁹¹ Article 1, § 2, de la loi.

¹⁹² Par exemple, chaque fois que l'on invite un internaute à remplir un formulaire en ligne, cela correspond à un traitement de données.

des fins de constitution de profils marketing) et les moyens du traitement de données à caractère personnel (formulaire en ligne, *cookies*, etc.)¹⁹³. Il s'agit donc de la personne investie du pouvoir de décision sur le traitement de données.

C'est en effet sur cette personne que repose la charge de presque toutes les obligations imposées par la loi pour assurer la protection des données traitées. Le responsable du traitement sera donc mis en cause si un problème survient ; à ce titre, il est l'interlocuteur principal des personnes concernées et des autorités de contrôle¹⁹⁴. De manière générale, la loi impose à ce dernier deux types d'obligations : d'une part, la mise en œuvre de mesures "techniques et organisationnelles " destinées à garantir la sécurité des données traitées, d'autre part le respect des droits des individus dont les données personnelles font l'objet d'un traitement.

Soulignons, en outre, que la loi belge limite le régime de protection à l'égard des données émanant des seules personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales, comme en témoigne, la définition de "données à caractère personnel", consacrée par l'article 1, § 1^{er}, de la loi. Une donnée à caractère personnel y est définie comme "toute information concernant une personne *physique* identifiée ou identifiable, désignée ci-après 'personne concernée' ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique culturelle ou sociale"¹⁹⁵.

¹⁹³ Article 1, § 4, de la loi.

¹⁹⁴ Préalablement à tout traitement, la loi impose au responsable du futur traitement (entièrement ou partiellement automatisés) de faire une déclaration à la *Commission de la protection de la vie privée* (article 17).

¹⁹⁵ Notons au passage que le législateur luxembourgeois a étendu le régime de protection aux personnes morales ; voy. l'article 2, e), de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, *Memorial*, A N°91, 13 août 2002, p. 1836.

5.3.3.2 Sécurité et confidentialité

Pour faire le lien avec la section précédente, soulignons d’emblée que la loi du 8 décembre 1992 impose au responsable de traitement la mise en œuvre d’une série de mesures relatives à la sous-traitance et à la sécurité des traitements¹⁹⁶.

Ainsi, afin de garantir la sécurité des données à caractère personnel, loi dispose que le responsable de traitement (ou son sous-traitant) doit prendre “les *mesures techniques et organisationnelles* requises pour protéger les données à caractère personnel contre la destruction accidentelle ou non autorisée, contre la perte accidentelle ainsi que contre la modification, l’accès et tout autre traitement non autorisé de données à caractère personnel”.

La loi apporte en outre quelques précisions en ce qui concerne ces mesures : elles doivent “assurer un niveau de protection adéquat, compte tenu, d’une part, de l’état de la technique en la matière et des frais qu’entraîne l’application de ces mesures et, d’autre part, de la nature des données à protéger et des risques potentiels” (art. 16, § 4). Notons également que loi impose notamment au responsable de traitement de choisir un sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d’organisation relatives aux traitements (art. 16, § 1^{er}, 1^o)¹⁹⁷.

Parallèlement à ces mesures, la loi met en place un régime spécifique destiné à protéger les droits de ceux, qu’elle qualifie de “personnes concernées”. Sans entrer dans le détail, il n’est pas inutile de rappeler ici les lignes directrices de ce régime de protection¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Voy. le chapitre V de la loi.

¹⁹⁷ Dans ce contexte, le responsable du traitement doit veiller à ce que les personnes travaillant sous son autorité n’aient accès et ne puissent utiliser que les données dont elles ont besoin pour exercer leurs fonctions. Il n’est pas question de permettre aux membres du personnel d’avoir accès à des données qui ne leur sont pas nécessaires. Le responsable doit en outre mettre son personnel au courant des prescrits de la loi sur la protection des données.

¹⁹⁸ Voy. M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU et Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en droit communautaire”, *J.T.D.E.*, 1997, p. 127, n° 20 ; T. LÉONARD et Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995”, *J.T.*, 1999, p. 380, n° 7.

5.3.3.3 Le régime de protection

5.3.3.3.1 *Les grands principes*

La loi pose les conditions générales de licéité des traitements de données à caractère personnel¹⁹⁹. A cet effet, elle établit un régime spécifique de protection en posant une série de principes essentiels.

5.3.3.3.1.1 Le principe de conformité et de qualité des données

Le responsable de traitement doit s'assurer que les données qu'il traite sont "adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement" (art. 4, 4, § 1^{er}, 3°).

Les données que l'on traite doivent être exactes et, si c'est nécessaire, mises à jour. Le responsable du traitement doit prendre toutes les mesures raisonnables pour corriger ou effacer les données qui sont inexactes ou incomplètes.

Enfin, l'article 4, § 1^{er}, 5°, précise que les données sont "conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont obtenues ou pour lesquelles traitées". A cet égard, les données personnelles recueillies par la plate-forme au cours du processus de résolution ne devraient être conservées que durant le temps nécessaire à l'aboutissement du processus²⁰⁰.

Outre les principes décrits ci-avant, la loi impose que les données soient traitées licitement et loyalement. Pour être licite, un traitement de données doit respecter l'ensemble des prescrits

¹⁹⁹ Voy. le chapitre II de la loi, intitulé "Conditions de licéité des traitements de données à caractère personnel".

²⁰⁰ Une période de conservation peut par ailleurs être définie ; la plate-forme d'ODR conserverait alors le détail de chaque réclamation dans sa base de données sécurisée ; les plaignants pouvant se reporter à ou rouvrir un dossier de réclamation grâce à leur numéro de référence.

légaux et réglementaire applicables. La loyauté du traitement évoque quant à elle la transparence des opérations propres au traitement. Cette transparence doit être assurée, dès la collecte, notamment par le biais de l'obligation d'informer la personne concernée.

5.3.3.3.1.2 Le principe de finalité et de légitimité des traitements

Les données personnelles ne peuvent être recueillies qu'en vue d'un ou plusieurs objectifs particuliers ; en l'espèce, la résolution extrajudiciaire de litiges. Elles ne peuvent être utilisées que conformément à ce ou ces objectifs. Ce ou ces objectifs doivent en outre être légitimes. On ne peut donc pas collecter des données personnelles et décider d'utiliser des données sans but précis. C'est ce but, décidé au départ, qui va orienter toute la suite des opérations. C'est en fonction de l'objectif poursuivi que l'on saura quelles données on peut collecter, ce que l'on peut faire avec ces données, si on peut les communiquer et à qui, etc.

Pour être admis, l'objectif que l'on poursuit en traitant des données personnelles doit être légitime. C'est-à-dire qu'un équilibre doit exister entre l'intérêt du responsable du traitement et les intérêts des personnes sur qui portent les données traitées. On n'admettra pas comme légitime un objectif qui causerait une atteinte excessive aux personnes concernées.

Outre le respect des principes qui viennent d'être énoncés, le traitement, pour être autorisé, doit s'inscrire dans les hypothèses limitativement énumérées par la loi. En ce qui concerne une plate-forme d'ODR, on peut considérer que "le traitement des données est nécessaire à l'exécution d'un *contrat* auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci", hypothèse visée par l'article 5, al 1^{er}, b), de la loi²⁰¹.

²⁰¹ En ce qui concerne le modèle d'ODR que nous proposons, il conviendrait notamment d'informer la personne concernée d'une possible communication de ses données aux ADR sectoriels spécifiques. Une telle communication à des tiers doit être considérée comme relevant de la finalité de résolution des litiges.

5.3.3.3.2 Les droits de la personne concernée

Outre le respect d'exigences évoquées ci-dessus, en tant que "responsable de traitement", une plate-forme d'ODR est tenue de respecter les droits conférés à la personne concernée en vertu de la loi²⁰².

Ces droits sont les suivants :

1) Le droit d'information : la loi confère à la personne concernée "un droit de savoir", c'est-à-dire le droit d'être informée du sort réservé aux données la concernant²⁰³. Cette dernière doit savoir quel est le but de l'utilisation des données, entre quelles mains elles se trouvent, à quelles fins elles sont communiquées, etc. Ainsi, des fichiers ne peuvent être constitués à l'insu des personnes.

A cet égard, tout responsable de traitement est tenu de fournir certaines informations aux personnes concernées par les données telles :

- a) l'identité et l'adresse du responsable de traitement ;
- b) la ou les finalités déterminées du traitement auxquels les données sont destinées ;
- c) toute autre information supplémentaire telle que :
 - les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels les données sont susceptibles d'être communiquées²⁰⁴ ;
 - le fait de savoir si la réponse aux questions est obligatoire ou facultative ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse ;

²⁰² Voy. le chapitre III de la loi, intitulé "Droits de la personne concernée". En ce qui concerne les modalités d'exercice de ces droits, on se référera également aux articles 32 et s., de l'Arrêté royal d'exécution du 13 février 2001, *M. B.*, 13 mars 2001, p. 7839. Notons en outre que des sanctions pénales sont prévues en cas de non respect de ces obligations par le responsable de traitement.

²⁰³ Voy. l'article 9 de la loi.

²⁰⁴ Dans le cadre du modèle que nous proposons, cette information sera en l'espèce nécessaire dans la mesure où la plate-forme est susceptible de transférer la plainte et les données personnelles qui lui sont associées aux ADR sectoriels spécifiques.

- l'existence d'un droit d'accès aux données le concernant et de rectification de ces données ;
- la durée de conservation des données.

En matière d'information, le responsable de traitement doit également informer la personne concernée de l'utilisation de témoins de connexion de type *cookies*, ceux-ci pouvant constituer un outil légitime et utile, par exemple, pour faciliter la fourniture d'un service de la société de l'information²⁰⁵.

2) Le droit d'accès : en substance, la loi confère au particulier le droit d'obtenir l'accès aux données le concernant ainsi qu'une copie, sous forme intelligible, des données faisant l'objet d'un traitement ainsi que toute information disponible sur l'origine des données²⁰⁶.

Pour exercer son droit d'accès, la personne concernée doit adresser une demande au responsable du traitement en apportant une preuve de son identité.

3) Le droit de rectification : les données qui sont collectées doivent être exactes. Le cas échéant, le responsable du traitement procédera selon les cas à la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la loi²⁰⁷.

4) Le droit d'opposition : la loi introduit un principe général en vertu duquel la personne concernée a le droit de s'opposer, pour des raisons sérieuses et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement. Toutefois, la loi prévoit notamment une exception dans l'hypothèse où le traitement est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat²⁰⁸ !

²⁰⁵ Voy. le point consacré aux mesures techniques de collecte de données, *infra*, p. 157.

²⁰⁶ Pour plus d'information, nous renvoyons à une lecture attentive de l'article 10 de la loi.

²⁰⁷ Pour plus d'information, nous renvoyons à une lecture attentive de l'article 12 de la loi.

²⁰⁸ Ce qui, comme nous l'avons déjà souligné, est le cas lorsqu'une personne recourt à un service d'ODR. Voy. l'article 12 de la loi.

5.3.3.4 Traitements invisibles et mesures techniques de collecte

La collecte de données à caractère personnel peut se réaliser par l'intermédiaire de procédés de collecte automatique des données. La technologie donne en effet les instruments nécessaires pour suivre implicitement le comportement de navigation de la personne qui visite un site, et cela de manière presque invisible²⁰⁹.

A cet égard, l'utilisation des cookies peut par exemple s'avérer problématique. Pour rappel, le cookie est un fichier implanté dans l'ordinateur du visiteur du site. Si certains cookies s'auto-détruisent dès que le visiteur quitte le site, d'autres peuvent subsister à plus ou moins long terme dans l'ordinateur de l'internaute. Ils peuvent alors enregistrer une multitude d'informations ; en effet, lors de la visite d'un site web, des informations relatives par exemple aux pages visitées, aux préférences en matière de langue, à la nature des recherches effectuées sur un moteur de recherche, vont être stockées sur le cookie et renvoyées au gestionnaire du site lors de chaque nouvelle visite.

Le responsable du traitement se doit donc d'être le plus transparent possible et d'informer les visiteurs de son site de la mise en œuvre de ces techniques. Plus particulièrement, lorsque des dispositifs du type précité, tels que des témoins de connexion, sont destinés à des fins légitimes, par exemple faciliter la fourniture de services de la société de l'information, leur utilisation peut être autorisée à condition que les utilisateurs se voient donner des informations claires et précises sur la finalité des témoins de connexion ou des dispositifs analogues de manière à être au courant des informations placées sur l'équipement terminal qu'ils utilisent. Les utilisateurs doivent avoir la possibilité de refuser qu'un témoin de connexion ou un dispositif similaire soit placé sur leur équipement terminal. Les méthodes retenues pour communiquer des informations ou offrir un droit de refus devraient être les plus conviviales possibles.

²⁰⁹ J.-M, DINANT, "Le visiteur visité : quand les éditeurs de logiciels Internet passent subrepticement à travers les mailles du filet juridique", *Lex Electronica*, vol. 6, n° 2, Hiver 2001, disponible en ligne à l'adresse <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-2/dinant.htm>.

5.3.3.5 La publication d’une “police vie privée”

Forcer est de constater que la plupart des prestataires d’ODR disposent sur leur site de ce que l’on appelle communément une “police vie privée”. La publication d’une “police vie privée”, disponible sur un site web, contribue à donner une image positive de l’activité du prestataire et constitue dès lors un facteur crucial de développement de la confiance à l’égard des mécanismes de résolution en ligne des litiges.

Il s’agit non seulement de rassurer l’utilisateur sur la conformité du service d’ODR aux dispositions légales en la matière, mais également de lui garantir des comportements honnêtes et loyaux, en édictant éventuellement une série de mesures d’autorégulation, complémentaires aux lois existantes.

En effet, certaines informations peuvent être ajoutées aux informations prévues par la loi. Ces informations additionnelles ne constituent pas, *a priori*, une charge excessive et contribuent à mettre les utilisateurs potentiels, en confiance. Ainsi, il est possible, par exemple, de mentionner : le nom et les coordonnées du service ou de la personne chargée de répondre aux questions relatives à la protection des données à caractère personnel, les mesures de sécurité garantissant l’authenticité du site ainsi que l’intégrité et la confidentialité des informations transmises sur le réseau, etc.

De même, la publication d’une “police vie privée” est l’occasion de donner des informations plus complètes sur la politique de protection des données²¹⁰. A cet égard, il convient notamment de souligner que ces informations devraient être directement accessibles à partir de la page d’accueil du site ainsi que de tout endroit où des données à caractère personnel sont collectées en ligne.

L’intitulé de la rubrique à cliquer devrait être suffisamment mis en évidence, explicite et spécifique pour permettre à l’internaute de se faire une idée claire du contenu vers lequel il

²¹⁰ Y compris les modalités d’exercice du droit d’accès : personne ou service à contacter pour exercer ce droit, possibilité de les exercer tant en en ligne qu’à l’adresse physique du responsable du traitement.

est renvoyé²¹¹. A titre pratique, le prestataire devrait veiller à ce que les différentes informations apparaissent directement à l'écran avant la collecte afin de garantir le traitement loyal des données.

A titre d'exemple²¹², la police vie privée de la plate-forme ECODIR contient les rubriques suivantes :

1) Collecte, Utilisation et Divulgateion des Informations

“ECODIR fournit des services de résolution de conflits en ligne. Au cours de cette activité, ECODIR rassemble, utilise et, dans certaines circonstances prévues par la Déclaration, divulgue, avec le consentement des parties, les informations notamment par format électronique ou courrier électronique.

Les informations enregistrées par un utilisateur dans des formulaires ECODIR ou envoyées par courrier électronique ou autre moyen de communication peuvent être envoyées à l'autre Partie impliquée dans le conflit (ex. Première Partie, Seconde Partie, Secrétariat). Les informations ne peuvent être utilisées dans d'autres buts que pour :

- Mener à bonne fin le processus de résolution de conflits ;
- Facturer selon le cas ;
- Ajouter des données aux formulaires ECODIR afin d'améliorer l'expérience de l'utilisateur.

ECODIR a la possibilité de désigner un tiers neutre pour vous aider à résoudre un problème. Les tiers neutres désignés ont accès aux informations personnelles et les utilisent ainsi que les informations de l'affaire et les échanges émis durant le processus de résolution du conflit. Veuillez noter que tous les tiers neutres sont tenus par un accord de confidentialité.

ECODIR ne divulgue les informations que si cela est requis par les tribunaux. Dans le cas de poursuites civiles ou criminelles, ECODIR divulgue les informations sans notification préalable. ECODIR peut divulguer des informations à des organisations à but non lucratif, telles que les Universités ou les Centres de Recherches, pour des analyses ou des travaux de recherche en s'assurant que les informations restent anonymes.

²¹¹ Par exemple, il peut être précisé “*Nous collectons et traitons des données à caractère personnel vous concernant. Pour plus d'information, cliquez ici*” ou “*Protection des données à caractère personnel*”.

²¹² <http://www.ecodir.org/fr/policies/vieprivee.htm>.

Si vous nous envoyez de la correspondance personnelle, comme des courriers électroniques ou des lettres, nous nous gardons le droit de les rassembler dans des dossiers nominatifs. Nous ne vendons ni ne louons les informations que vous nous fournissez.

2) Contrôle du mot de passe

Pour utiliser les services ECODIR de résolution de conflits vous devez créer un mot de passe et un code d'utilisateur. Vous êtes tenus de maintenir la confidentialité de votre mot de passe et de votre compte. Ne divulguez votre mot de passe à personne, et n'utilisez sous aucun prétexte le mot de passe et le compte de quelqu'un d'autre. Vous êtes entièrement responsable de toutes les activités qui se produisent sur ou par l'intermédiaire de votre compte. Si la confidentialité de votre mot de passe a été compromise, vous devez en changer immédiatement.

3) Archives

Tout document, correspondance ou accord relatifs à un dossier de négociation ou de médiation est détruit six (6) mois après la fermeture du dossier sauf pour les informations nécessaires aux rapports de comptabilités ou de statistique.

4) Accès aux données à caractère personnel

Vous avez le droit, à tout moment, de consulter, de modifier ou de corriger les informations à caractère personnel vous concernant. Toutefois, votre attention doit être attirée sur le fait que toute information requise par ECODIR est nécessaire pour mener à bien le processus de résolution de conflit.

5) Témoins de connexion ("cookies")

Un témoin de connexion est un fichier de texte, placé sur votre disque dur, qui contient certaines informations vous concernant. ECODIR utilise la technologie du témoin pour offrir une fonction de commodité permettant de gagner du temps. Le fichier de texte n'est pas connecté à la page d'enregistrement de l'utilisateur contenant les informations à caractère personnel. Vous pouvez modifier les paramètres de votre navigateur afin de refuser les témoins. Vous êtes alors alerté chaque fois que le site tente de mettre en activité un témoin, et pouvez décider de le laisser s'activer ou non. La notice d'alerte vous informe sur l'utilisation du témoin et du temps de rétention de l'information. Dans tous les cas, les témoins sont désactivés lorsque l'utilisateur quitte le navigateur.

5.4 LE PROCESSUS DE RÉOLUTION

5.4.1 Quelques principes généraux

5.4.1.1 Le principe de confidentialité

La confidentialité est, en principe, un élément constitutif de la médiation. Elle fait partie de l'essence même de la médiation et permet aux parties de se sentir en sécurité, les invite à dire non seulement leurs points de vue, mais aussi leurs intérêts, leurs besoins et leurs priorités. Le fait que rien de ce qui se passe en médiation ne peut être utilisé en dehors de celle-ci constitue une partie du succès du processus²¹³.

Il en est ainsi non seulement pour les particuliers en ce qui concerne des questions personnelles, mais aussi pour les entreprises pour ce qui est de leurs intérêts commerciaux. La confidentialité est à la fois une condition constitutive de l'existence de la médiation et de son succès²¹⁴. En effet, dans la plupart des cas, les parties qui ont recours aux ADR tiennent à ce que les informations échangées lors de la procédure, oralement ou par écrit, et jusque parfois aux résultats eux-mêmes de la procédure, demeurent confidentiels²¹⁵.

La question de la confidentialité du processus d'ADR se pose donc à différents stades du processus de résolution. Dans le cadre du processus proposé par la plate-forme, il convient alors de distinguer les modalités d'application de ce principe en fonction de ces différents stades.

²¹³ Voy. le Rapport du Forum des droits sur l'internet, "Les modes alternatifs de règlement des différends", 17 juin 2002, disponible en ligne à l'adresse <http://www.foruminternet.org>.

²¹⁴ P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, "Médiation : confidentialité et responsabilité", *op. cit.*, pp. 254-257.

²¹⁵ Voy. O. RABINOVICH-EINY, "Going Public : Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age", *Va. J.L. & Tech.*, 4 (2002), p. 23, disponible en ligne à l'adresse <http://www.vjolt.net>.

5.4.1.1.1 La communication d'informations avec le médiateur

Tout d'abord, le principe de confidentialité est susceptible d'intervenir dans toute communication avec le tiers neutre lors d'entretien bilatéraux (procédure désignée sous le nom de *caucus*) ; les informations échangées à cette occasion ne pourraient alors être révélées à l'autre partie ou à toute partie extérieure²¹⁶.

A cet égard, force est toutefois de constater que les sources normatives dont nous disposons ne sont pas de plus explicites. Ainsi, le Livre vert, reprend à son compte la distinction entre les champ d'application des recommandations – dont nous avons déjà souligné le caractère artificiel ²¹⁷– pour faire varier le régime applicable en matière de confidentialité. Dans ce contexte, le régime de confidentialité devrait varier en fonction du rôle du tiers dans le processus de résolution, c'est-à-dire selon que celui-ci aide les parties à atteindre un accord ou que ce tiers est amené à prendre une décision ou une recommandation.

Ainsi, la possibilité d'entendre les parties de façon confidentielle ne pourrait avoir lieu que dans le premier cas. Plus précisément la recommandation 2001/310/CE dispose que : “les deux parties devraient pouvoir soumettre librement et facilement tout argument, information ou élément de preuve pertinent en l'espèce *à titre confidentiel*, sauf si les parties ont consenti à communiquer ces informations à l'autre partie”²¹⁸. A ce titre, le tiers ne devrait pas pouvoir dévoiler ces informations à l'autre partie. Cette obligation de confidentialité permettrait, d'ailleurs, en vertu du Livre vert²¹⁹, de mieux définir le rôle du tiers au cours de la procédure, et ce, afin d'en garantir l'équité.

²¹⁶ Voy. *supra*, p. 108.

²¹⁷ Cfr. Rapport intermédiaire.

²¹⁸ Bien qu'elle ne consacre pas cette exigence de confidentialité au titre de principe, la recommandation 2001/310/CE y fait référence sous le pt. D, 1, b), de consacré à l'équité (Voy. aussi le considérant n° 15).

²¹⁹ Livre vert, p. 31, § 81.

Néanmoins, comme pour mieux semer le trouble, la recommandation “s’empresse” d’ajouter que : “Si, à n’importe quel moment de la procédure, l’organe tiers propose une éventuelle solution pour résoudre le litige, chacune des parties doit avoir la possibilité de présenter son point de vue et de formuler des commentaires quant aux arguments, informations ou éléments de preuve soumis par l’autre partie”.

La référence à peine voilée faite au principe du contradictoire ne manque pas de surprendre. En effet, ce principe est explicitement consacré par la recommandation 98/257/CE, censée obéir à un autre régime. Ainsi, cette dernière dispose que : “la procédure à suivre comporte la possibilité, pour toutes les parties concernées, de faire connaître leur point de vue à l’organe compétent et de prendre connaissance de toutes les positions et de tous les faits avancés par l’autre partie, ainsi que le cas échéant, des déclarations des experts”. Comme le souligne le Livre vert²²⁰, la possibilité d’entendre de façon confidentielle l’une ou l’autre partie devrait être exclue si le tiers est appelé à rendre une décision ou une recommandation à la fin du processus.

En conséquence, il nous semble opportun de consacrer, à ce stade, le principe du contradictoire, puisque, dans le processus de résolution que nous préconisons, le tiers neutre est susceptible *in fine* de prendre une part active dans la recherche de la solution à apporter au litige²²¹.

5.4.1.1.2 La communication d’informations dans le cadre de procédures ultérieures

La seconde difficulté a trait à un éventuel détournement de l’ADR dans le cadre de procédures judiciaires, administratives ou arbitrales ultérieures. Le principe de confidentialité intervient ici au niveau de la relation entre les parties. Les messages qui auraient été échangées entre les parties au cours de la procédure ne devraient pas être recevables comme moyens de preuve lors d’une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Voy. le règlement d’ECODIR, art. 10, § 3 (<http://www.ecodir.org>).

Il s'agit notamment de préserver la liberté des parties au cours du processus de résolution ; en effet, les parties doivent avoir la possibilité de formuler des propositions "commerciales" sans crainte que celles-ci soient interprétées, ultérieurement, comme les liant juridiquement (en constituant par exemple une reconnaissance de faute).

La récente loi du 21 février 2005 en matière de médiation consacre, comme nous l'avons déjà souligné, un principe de confidentialité, qu'elle place au rang des "principes généraux". A ce titre, comme le soulignent P. Van Leynseele et F. Van De Putte, "il faut en déduire que les principes de confidentialité s'appliquent donc à tous les types de médiation"²²².

Dans ce contexte, ces auteurs soulèvent cependant une difficulté propre aux médiations dites "libres" et qui est inhérente à la notion même de médiation, qui n'est pas définie par la loi. Ainsi, en dehors des cas de médiation judiciaire ou volontaire, quand y'a-t-il médiation et, en conséquence, quand est-on soumis au régime de confidentialité prévu par la loi ? Cette question cruciale revêt des conséquences pratiques importantes : "les parties à des médiations 'libres' dont les règles n'ont pas été fixées clairement et qui n'auront pas été rendues attentives à ces subtilités pourraient fort bien, sans s'en rendre compte, violer l'obligation de confidentialité que la loi impose à toute médiation en racontant comment les discussions avec leur 'adversaire' menées sous la guidance du tiers se sont déroulées". Dès lors, les parties et les praticiens qui souhaitent opter par la voie extra-légale devront être particulièrement attentifs à ces aspects en les précisant au préalable dans un document ad hoc²²³.

²²² P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, "La médiation dans le Code judiciaire", *op. cit.*, p. 302.

²²³ Ces auteurs proposent en outre deux types de critères permettant selon eux d'identifier s'il s'agit bel et bien d'une médiation : l'intention des parties à l'entame du processus de résolution et la personne du tiers (*ibidem*, p. 303).

Venons-en maintenant à la substance de la disposition prévue par la loi. Nous nous concentrerons ici uniquement sur le régime de confidentialité s'imposant aux parties²²⁴. L'article 1728, § 1^{er}, al. 1^{er}, dispose que : *“Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés lors d'une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale et dans toute procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extra-judiciaire. L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation”*.

Cette obligation de confidentialité revêt un champ d'application relativement large car elle couvre tout ce qui s'est produit au cours du processus de médiation comme les propos tenus, les propositions et contre-propositions, les concessions, les aveux, les excuses, les 'reconnaisances préjudiciables', les documents échangés, etc. Bref, elle interdit aux parties de révéler toute communication écrite ou verbale dans le cadre d'une procédure ultérieure.

A défaut de la faire, les parties s'exposent à des sanctions. Ainsi, la loi prévoit un mécanisme devenu classique en matière judiciaire : l'écartement des pièces du débat²²⁵.

Enfin, des exceptions à l'obligation de confidentialité peuvent être envisagées. Ainsi, les parties peuvent décider d'un commun accord que tout ou partie de la procédure ne sera pas confidentielle, notamment pour permettre au juge d'homologuer l'accord de médiation.

²²⁴ Notons au passage que cette question du détournement de l'ADR à des fins probatoires est également liée à la problématique de la responsabilité du tiers neutre. Nous renvoyons ici à nos considérations sur l'obligation de confidentialité pesant sur le médiateur, voy. *supra*, p. 108.

²²⁵ Notons que le juge peut également octroyer d'éventuels dommages-intérêts. De plus, on peut raisonnablement penser que l'avocat de la partie se rendrait coupable d'une violation d'une règle déontologique.

5.4.1.1.3 La communication des résultats de la procédure d'ADR

Enfin, une dernière difficulté propre au principe de confidentialité se pose à l'égard de la publicité donnée aux résultats de l'ADR. Le principe de confidentialité intervient ici au niveau de la relation à l'égard du "public". Très souvent, il apparaît que les parties choisissent l'ADR pour la simple et bonne raison que ce type de processus de résolution leur permet de garder une certaine discrétion. Pour cette raison, le principe de confidentialité est souvent considéré comme un facteur crucial du développement des ADR²²⁶.

Pour certains, il convient toutefois de s'interroger sur la légitimité des motifs invoqués à cet égard par les parties. En effet, cette recherche de la confidentialité absolue peut parfois servir à cacher des pratiques commerciales douteuses et éviter, de la sorte, toute publicité négative²²⁷. Dans cette matière, il nous semble que les prestataires d'A/ODR devraient mettre en balance ces intérêts opposés afin de trouver des solutions équilibrées. En outre, dans le cadre du présent projet, le processus de résolution aboutit à la conclusion d'un accord, non pas à une décision qui consacre nécessairement les droits d'une seule partie, à l'instar d'une sentence d'arbitrage²²⁸.

Par conséquent, la publication d'informations anonymes et d'éléments statistiques devrait, à tout le moins, être prévue afin de permettre une évaluation de la qualité du processus de résolution²²⁹.

²²⁶ Voy. V. BONNET *et alii*, "Electronic communications issues related to online dispute resolution systems", *op. cit.*, p. 5 et s.

²²⁷ J. HÖRNLE, "Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions", *op. cit.*, p. 10. L'auteur s'interroge même sur l'existence d'un droit de savoir dans le chef du public : "For example if the reason for keeping the outcome secret is to hide malpractice and to avoid negative publicity, the question arises whether the public does not have a right to know".

²²⁸ Cette circonstance empêche, sauf exceptions (voy. en matière de noms de domaine), de parler d'une réelle "jurisprudence" lorsqu'il s'agit de méthodes "souples" d'ADR.

²²⁹ Voy. le Résumé des réponses au Livre vert, questions 15-16, pt. 3, p. 6 : "Il a été proposé que les résultats des ADR rendus publics pourraient alimenter une base de données anonymes à des fins statistiques et pour déterminer les problèmes concrets".

Une telle publication s'impose, il est vrai, comme une condition essentielle et incontournable du développement de la confiance dans les systèmes d'A/ODR²³⁰. A cet égard, rappelons-le, la recommandation 2001/310/CE prévoit une disposition particulière relative aux "informations sur le fonctionnement de la procédure" dans une section consacrée à la transparence²³¹. Cette disposition dispose que ces informations doivent être rendues publiques, notamment en ce qui concerne :

- le nombre et le type de plaintes reçues et leur issue ;
- les délais requis pour résoudre les plaintes ;
- tout problème systématique lié aux plaintes ;
- le respect des accords, si cette information est disponible.

Dans le même ordre d'idées, la recommandation 98/257/CE prévoit "la publication par l'organe compétent d'un rapport annuel relatif aux décisions rendues, permettant d'évaluer les résultats obtenus et d'identifier la nature des litiges qui lui ont été soumis"²³².

²³⁰ En matière de commerce électronique, une telle publication permettrait en outre de faire le lien avec les exigences de l'article 17, § 3, de la directive sur le commerce électronique en vertu duquel les Etats membres doivent encourager "les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que tout autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique".

²³¹ Voy. le pt. B, 5), de la recommandation 2001/310/CE (principe de transparence).

²³² Voy. le pt. II, 2), de la recommandation 98/257/CE (principe de transparence).

5.4.1.2 La représentation des parties

Les deux recommandations européennes consacrent la possibilité pour les parties de se faire représenter à l'occasion du processus de résolution. La recommandation 98/257/CE érige cette possibilité au titre de principe²³³ tandis que la recommandation 2001/310/CE y fait référence sous le principe d'efficacité²³⁴.

Toutefois, il est intéressant de remarquer que les deux recommandations²³⁵, avant de reconnaître aux parties un droit de se faire représenter, font de la facilité d'accès au système une priorité. Aussi, prévoient-elle avant tout que les parties doivent avoir accès à la procédure sans devoir faire appel à un représentant légal. Ensuite seulement elles consacrent la possibilité pour les parties de pouvoir être représentées ou assistées par un tiers à tout moment du processus de résolution.

La recommandation 98/257/CE insiste, en outre, sur la position de faiblesse dans laquelle certaines parties peuvent se retrouver à l'occasion d'un processus d'ADR pour justifier le droit pour les parties de "se faire représenter ou accompagner par un tiers à tout stade de la procédure". Et un de ses considérants d'affirmer à cet égard que "parfois et indépendamment de l'objet et de la valeur du litige, les parties, et notamment le consommateur en tant que partie au contrat économiquement faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant, peuvent avoir besoin de l'assistance et des conseils juridiques d'une tierce personne pour mieux défendre et protéger leurs droits".

²³³ Voy. le point VII de la recommandation 98/257/CE.

²³⁴ Voy. le point C, § 4, de la recommandation 2001/310/CE.

²³⁵ Voy. le point IV, 1^{er} tiret, de la recommandation 98/257/CE et le point C, § 4, de la recommandation 2001/310/CE (le point C consacrant le principe d'efficacité dans les deux recommandations).

Soulignons en outre que la loi du 21 février 2005 fait référence au principe de représentation dans une disposition consacrée au protocole de médiation. Ainsi, parmi les éléments devant être mentionnés dans ce document, figurent “le nom et le domicile des parties et de leurs *conseils*” (art. 1731, § 2, 1°, C. jud.)²³⁶.

Dans cette perspective, il conviendra de prévoir dans le règlement de la plate-forme une disposition spécifiquement dédiée à l’assistance ou la représentation des parties.

5.4.1.3 La durée du processus de résolution

5.4.1.3.1 La problématique des délais de prescription

La question de la suspension des délais de prescription dans le cadre de modes alternatifs de résolution des litiges (de nature consensuelle) est tout à fait cruciale. En effet, le principe d’un recours possible à la justice, et ce, à tous les stades de règlement du différend est une opportunité précieuse généralement offerte aux parties dans le cadre des modes alternatifs de résolution des litiges.

Or, en l’absence d’un dispositif légal spécifique, un processus de résolution d’une durée trop longue peut avoir pour conséquence de priver l’une des parties de ce recours possible. En effet, en matière de consommation par exemple, une action en garantie légale doit être intentée “dans de brefs délais” à compter de la découverte de vices cachés (la jurisprudence considérant ce bref délai comme étant de plusieurs mois) : un processus de médiation trop long pourrait conduire les tribunaux à prononcer la forclusion de l’action.

Une telle hypothèse risque en outre de susciter un comportement “opportuniste” et dilatoire de la part de certains acteurs qui sont susceptibles de proposer un mode alternatif pour éviter une action en justice qui pourrait leur être défavorable.

²³⁶ Voy. *infra*, p. 186, nos commentaires sur le protocole de médiation.

Si le risque de voir se développer cette stratégie de “gagner du temps” pour laisser passer les délais de prescription ne doit pas être surestimé, il ne peut être non plus négligé.

De manière générale, ce risque inhérent à la particularité des modes alternatifs de résolution des litiges est créateur d’insécurité juridique. Aussi, s’agit-il d’éviter que le recours à un tel processus n’affecte le droit d’accès à la justice dans la mesure où ce recours n’empêche pas les délais de prescription pour saisir les tribunaux de continuer à courir. A l’issue de la procédure d’ADR, et dans l’hypothèse d’un échec de la procédure, les justiciables pourraient alors voir leur action éteinte, ou voir leur délai de prescription réduit *de facto* de façon injustifiée.

Face à cette problématique, le législateur belge a préféré opter en ce qui concerne la médiation pour la sécurité juridique, en privilégiant la voie législative^{237 238}. La promotion des ADR passe donc ainsi par la modification des règles de procédure en matière de délais de prescription, prévoyant que le délai peut être interrompu lorsque débute le processus de résolution et recommencer à courir à compter du moment où la procédure s’est achevée sans règlement²³⁹.

²³⁷ A cet égard, plusieurs voies étaient possibles, voy. le Rapport du Forum des droits sur l’internet, “Les modes alternatifs de règlement des différends”, *op. cit.*, pp. 14-15.

²³⁸ Comme le relève le Livre vert, certains Etats membres ont déjà prévu dans leur législation que le recours à certains organes d’ADR agréés emporte suspension du délai de prescription relatif à la demande soumise à l’ADR. C’est, par exemple, le cas en Allemagne lorsque les organes d’ADR concernés sont agréés par l’administration judiciaire du Land. Voy. Livre vert, p. 28, n^{os} 68 à 71 ainsi que le Résumé des réponses au Livre vert, p. 4, question n^o 9 (“Les législations des Etats membres devraient-elles être rapprochées afin que dans chaque Etat membre, le recours à un mécanisme d’ADR emporte suspension des délais de prescription pour saisir les tribunaux ?”).

²³⁹ Voy. aussi notre analyse relative à la proposition de directive sur certains aspects de la médiation civile et commerciale et en particulier l’article 7, consacré à la suspension des délais de prescription (cfr. Rapport intermédiaire).

5.4.1.3.2 La loi du 21 février 2005 : une suspension en deux temps

La problématique de la suspension des délais de prescription doit être abordée à travers deux dispositions de la loi du 21 février 2005 qu'il faut lire en parallèle.

5.4.1.3.2.1 La proposition de médiation

La première disposition qui nous intéresse vise à instaurer un mécanisme inédit de proposition de médiation. Ainsi, l'article 1730, § 2, C. jud., introduit dans le champ de la médiation un mécanisme de proposition de médiation équivalant à une mise en demeure. Plus particulièrement, cet article dispose que : *“Si la proposition est adressée par envoi recommandé et qu'elle contient la réclamation d'un droit, elle est assimilée à la mise en demeure visée à l'article 1153 du Code civil”*.

Cette disposition est indiscutablement de nature à encourager la médiation. Ainsi, toute partie qui estime être titulaire d'un droit et qui souhaite recourir à la médiation aura désormais l'assurance, grâce à ce mécanisme d'assimilation, de bénéficier du cours des intérêts en tout état de cause dès qu'une médiation est proposée. En outre, et c'est là que cet article est d'une importance cruciale pour notre propos, l'autre effet de cet envoi contenant une proposition de médiation est de suspendre le cours de la prescription ! L'article 1730, § 3, C. jud. dispose en effet que : *“Dans les mêmes conditions, la proposition suspend le cours de la prescription de l'action attachée à ce droit pendant un mois”*.

Ici également il convient de souligner le caractère incitatif de la loi ; les parties qui veulent tenter la médiation ne doivent plus craindre l'imminence d'un délai de prescription extinctive de leur action. La suspension est assurée pour un mois dès l'envoi par recommandé d'une proposition de médiation.

“Ce délai est censé être celui qui sera nécessaire aux parties pour se concerter quant au principe de la médiation et pour mettre au point un protocole de médiation si elles souhaitent tenter l’expérience”²⁴⁰. Pendant ce délai d’un mois, deux issues sont donc possibles : soit les parties ne s’accordent pas sur les modalités de la médiation et dans ce cas le délai de prescription reprend son cours un mois après la date du début de la suspension ; soit les parties signent un protocole de médiation conforme au prescrit légal en matière de médiation volontaire.

5.4.1.3.2.2 Le protocole de médiation

La seconde disposition de la loi du 21 février 2005 qui doit être prise en considération concerne le protocole de médiation. Dans le cadre de la médiation volontaire, l’article 1731 C. Jud. a pour objectif que les parties définissent entre elles, avec l’aide du médiateur, les modalités d’organisation de la médiation et la durée du processus. Cette convention doit être consignée par écrit dans un *protocole de médiation* signé par les parties et par le médiateur.

L’article 1731, § 3, C. jud. dispose que : “*la signature du protocole suspend le cours de la prescription durant la médiation*”. Cela signifie que l’existence d’un protocole de médiation conforme aux exigences légales²⁴¹ suspend à nouveau le cours de la prescription, et ce, pour toute la durée de la médiation.

L’article 1731, § 4, C. jud. introduit cependant une précision tenant compte du cas où l’une des parties ou le médiateur notifie sa volonté de mettre fin à la médiation. Dans une telle hypothèse, la suspension de la prescription prend fin un mois après cette notification, qui doit être faite par lettre recommandée.

²⁴⁰ P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, “La médiation dans le Code judiciaire”, *op. cit.*, p. 308.

²⁴¹ Voy. les exigences formelles prévues à l’article 1731, §§ 1-2, C. jud.

Enfin, signalons avec insistance que ce nouveau régime légal n'est pas applicable (sauf accord des parties) aux médiations dites "libres". En effet, les dispositions que viennent d'être analysées relèvent du chapitre consacré par loi aux "médiations volontaires", c'est-à-dire celles où les parties non seulement signent un protocole de médiation conforme au prescrit légal mais en outre recourent à un médiateur agréé. Cette circonstance mérite qu'on s'attarde quelque peu sur le sort des médiations dites libres.

5.4.1.3.3 *Le sort des médiations « libres »*

Les médiations libres, échappant au cadre légal mis en place par la loi du 21 février 2005, restent donc soumises au risque d'une prescription de l'action. Dans cette matière, sans minimiser le risque relatif aux délais, il convient cependant de ne pas le diaboliser. En effet, l'expérience acquise par certains prestataires d'ADR à cet égard montre que les problèmes liés à l'écoulement des délais de prescription sont plutôt limités, soit en raison de la rapidité des processus d'ADR eux-mêmes, soit en raison du fait que ces processus se déroulent en parallèle avec les procédures judiciaires²⁴².

Cela dit, il n'est pas inutile d'envisager certaines solutions pour préserver les parties de toute mauvaise surprise. L'une d'entre elles, évoquées tant par les auteurs que les praticiens²⁴³, serait de faire peser sur le tiers une obligation d'information des délais de prescription. L'entrée dans un processus alternatif nécessite, en effet, une information claire des parties sur le processus, les délais, etc. Cette information préalable devrait bien entendu inclure un rappel général de l'existence de ces délais de prescription. S'il n'appartient pas au tiers de s'engager à donner un conseil en la matière, il relève de ses attributions d'attirer l'attention des parties sur l'existence de ces contraintes juridiques : un processus ne peut valablement se dérouler que si les parties sont informées sans ambiguïté des délais et des échéances restant à courir.

²⁴² Voy. Résumé des réponses au Livre vert, p. 4, question n° 9, § 1.

²⁴³ Voy. le Rapport du Forum des droits sur l'internet, "Les modes alternatifs de règlement des différends", *op. cit.*, pp. 14-15.

Il serait alors possible de considérer que les délais de prescription sont pris en compte par l'indication claire de leur existence faite par le tiers aux parties ; il leur incomberait alors de procéder aux vérifications des délais restant à courir. Une telle solution pose cependant la question de la responsabilité du tiers en cas d'information erronée ou partielle. Ce risque semble néanmoins limité puisque cette information devrait se borner à signaler l'existence de tels délais, et à inciter les parties à se renseigner sur ceux-ci dans leur cas particulier.

De manière plus globale, les prestataires d'A/ODR devraient veiller, dans l'organisation de leur service, à la fixation de délais courts entre la saisine de l'organe et l'issue de la procédure²⁴⁴. En outre, l'organe responsable du processus de résolution devrait examiner de manière périodique l'évolution de la processus afin de s'assurer que le litige est traité de manière diligente et appropriée²⁴⁵.

5.4.2 Le déroulement du processus de résolution

5.4.2.1 Introduction

Dans le cadre de ce rapport, nous avons avancé l'idée d'élaborer une plate-forme en ligne qui, de manière subsidiaire, remplirait également une fonction de résolution des litiges²⁴⁶.

Il importe maintenant de préciser quelles pourraient être les modalités du processus de résolution offert par la plate-forme. A cet égard, la spécificité du mode de résolution que nous proposons est de reposer sur un processus dit "échelonné".

Celui-ci comporterait trois étapes qui seraient successivement activées en fonction de l'étape précédente. Ainsi, il y aurait d'abord une phase dite de "négociation", ensuite une phase de "médiation" et enfin une phase de "recommandation".

²⁴⁴ Voy. pt. C, § 5 et le considérant n° 13 de la recommandation 2001/310/CE ainsi que le pt. IV, 3^{ème} tiret, de la recommandation 1998/257/CE. Dans la pratique, on constate que peu de prestataires d'ODR prévoient une période précise pour la durée du processus de résolution.

²⁴⁵ Voy. pt. C, § 6, de la recommandation 2001/310/CE.

²⁴⁶ Cfr. Rapport intermédiaire.

Le choix d'un tel processus s'inspire notamment d'initiatives comme celles développées par les prestataires d'ODR SquareTrade (eBay), Ecodir ou encore Online Confidence (Eurochambre). Ces prestataires ont opté pour un processus sophistiqué, conçu pour maximiser les chances des parties d'arriver rapidement à une entente. En effet, si les parties ne peuvent trouver d'accord lors de la négociation, un tiers neutre, le médiateur, est nommé par un secrétariat pour assister les parties et leur permettre *in fine* de trouver une solution.

A titre d'information, nous reproduisons ici une partie des explications ainsi que le schéma du processus de résolution fournis sur le site web des prestataires SquareTrade et Ecodir :

1) SquareTrade²⁴⁷ :

The parties discuss their issues directly in Direct Negotiation.

Once each party is aware of the issues, they first try to reach an agreement using SquareTrade's Direct Negotiation tool. This initial phase of the service is a completely automated web-based communications tool and is currently free of charge to all users. Using SquareTrade's secure Case Page, the parties try to reach an agreement by communicating directly with each other.

The other option is to have a SquareTrade Mediator guide the process.

If the parties cannot resolve the case through Direct Negotiation, they can request the assistance of the mediator in developing a fair, mutually agreeable solution. The mediator's role is to facilitate positive, solution-oriented discussion between the parties. He or she does NOT act as a judge or arbitrator. The mediator will only recommend a resolution if the parties request it.

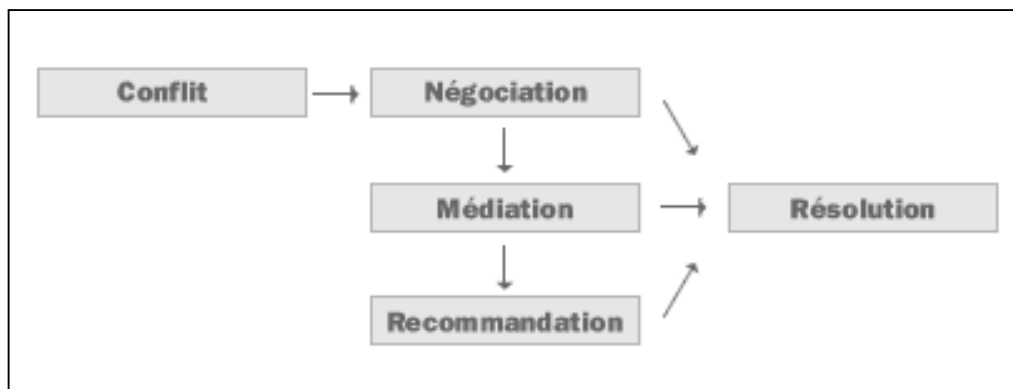
²⁴⁷ Voy. <http://www.squaretrade.com> ("Dispute Login"). Parallèlement à ces explications "didactiques", SquareTrade fournit sur son site une série de documents normatifs comme l' "ODR User Agreement" ou le "Seal Member Agreement".



2) Ecodir :

Le Service ECODIR de résolution des conflits entre un consommateur et un commerçant vise toute transaction passée sur Internet²⁴⁸. La résolution de conflits en ligne permet de résoudre sur Internet les conflits nés sur Internet. Le système est configuré pour régler facilement, rapidement et de manière économique tout type de petit litige.

Le système permet aux commerçants et aux consommateurs de résoudre leurs conflits en 3 temps.



²⁴⁸ Voy. <http://www.ecodir.org>. Les délais rythmant ce processus auxquels nous nous référons dans la présente section sont donnés à titre purement indicatif ; ils peuvent bien entendu être adaptés.

5.4.2.2 La phase de négociation

5.4.2.2.1 Description

Dans un premier temps, le consommateur (C) adresse une réclamation via la plate-forme. Pour ce faire, il est invité à remplir en ligne un formulaire standard de plainte visant à l'identifier et à donner une brève description du problème rencontré²⁴⁹. Le consommateur est ensuite invité à formuler une proposition de solution.

Le système informatique gérant la plate-forme reçoit les informations du consommateur et procède à une vérification automatique des champs qui ont été remplis. Il crée une page sécurisée reprenant toutes les informations relatives au litige et adresse alors au commerçant (B) concerné une notification par courrier électronique lui signalant qu'une plainte a été introduite à son encontre via la plate-forme.

La Seconde Partie reçoit ensuite l'invitation à la négociation et dispose d'un certain nombre de jours pour répondre²⁵⁰. En l'absence de réponse, la Seconde Partie est présumée refuser la négociation.

Le commerçant qui désire participer à la procédure va activer un hyperlien se trouvant inclus dans le mail de notification et sera, de ce fait, directement conduit à la page web dédiée au litige.

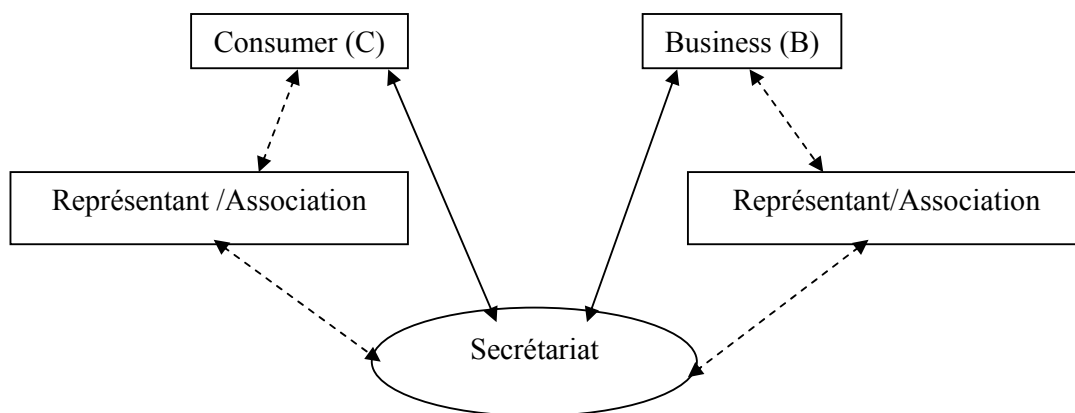
Le commerçant est ensuite invité à prendre connaissance de la plainte et de la proposition formulée par le plaignant. Il peut l'accepter, la refuser ou formuler une contre-proposition. L'échange se poursuit avec le consommateur tant qu'une solution ne recueille pas l'assentiment des deux parties.

²⁴⁹ Selon une procédure sécurisée afin de garantir la confidentialité des informations divulguées ou reçues par la suite.

²⁵⁰ Cette période s'étend à sept jours dans le système ECODIR.

Si un accord est trouvé, le secrétariat de la plate-forme envoie un courrier électronique aux deux parties reprenant les termes de l'accord et les invitant à y adhérer de manière solennelle²⁵¹. Si, à l'échéance d'une certaine période²⁵², aucune solution ne se dégage, le secrétariat invite les parties à solliciter la désignation d'un médiateur²⁵³.

5.4.2.2 Schéma



5.4.2.3 La phase de médiation

5.4.2.3.1 Description

Si les parties le souhaitent et après avoir été dûment informées (à propos de leurs droits et obligations respectifs, des coûts, etc.), un médiateur est désigné par le secrétariat. Cette désignation doit se faire conformément à une procédure qui devra être prévue à cet effet.

²⁵¹ Un contrôle ultérieur peut être réalisé afin de vérifier la conformité de l'accord.

²⁵² Cette période s'étend à dix-huit jours dans le système ECODIR.

²⁵³ Cette transition vers la phase de médiation peut être imposée de manière automatique au commerçant dans le cadre d'un système de certification.

Le tiers neutre reçoit l'invitation de prendre en charge la résolution du litige et a la possibilité de refuser l'affaire conformément à la procédure officielle de désignation. La phase de médiation commence le jour où le médiateur est désigné.

Afin d'accomplir au mieux sa mission, le médiateur devrait en principe avoir accès au site sécurisé de l'affaire pour étudier l'information, les solutions déjà proposées et les arguments échangés par les parties durant la phase de négociation²⁵⁴. Le médiateur invite alors les parties à communiquer entre elles, à échanger des documents et à discuter de leur positions respectives, et ce, par l'intermédiaire du site sécurisé de la plate-forme. La procédure se fait de manière exclusivement écrite (sauf si le médiateur considère qu'il est nécessaire de recourir à la vidéoconférence ou de fixer une réunion).

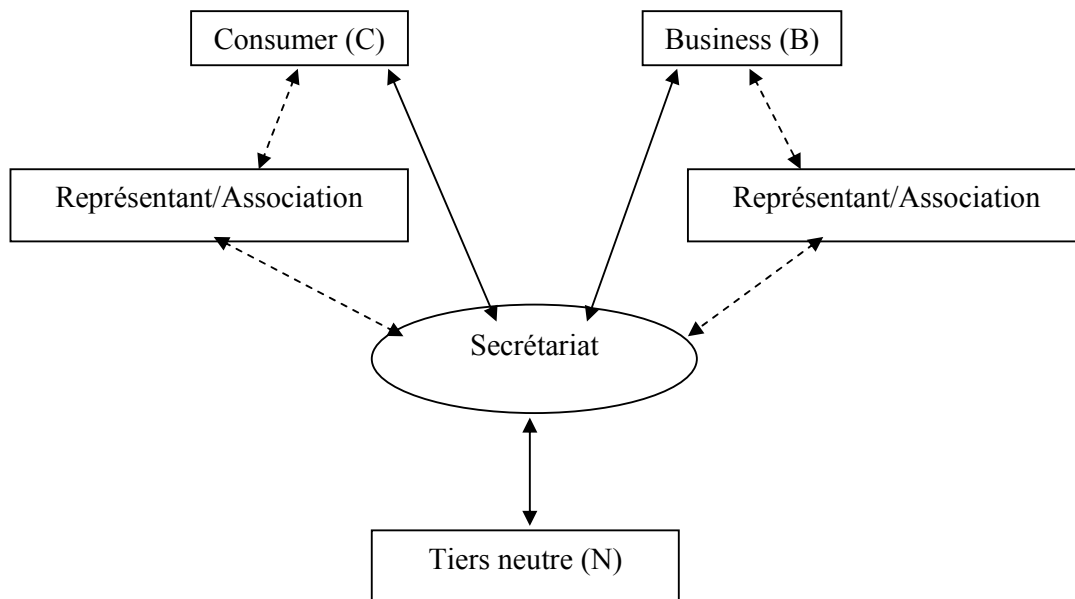
Si les parties se mettent d'accord sur l'une des solutions avancées par le médiateur, elles sont invitées par le secrétariat à formaliser leur accord dans un contrat.

Si aucun accord ne se dégage après une certaine période²⁵⁵, le médiateur ne peut que constater l'échec de son intervention.

²⁵⁴ Toutefois, il conviendra de fixer s'il est pertinent que le tiers ait accès à toutes les informations échangées à l'occasion de la procédure de négociation.

²⁵⁵ Cette période s'étend à quinze jours dans le système ECODIR.

5.4.2.3.2 Schéma



5.4.2.4 La phase de recommandation

5.4.2.4.1 Description

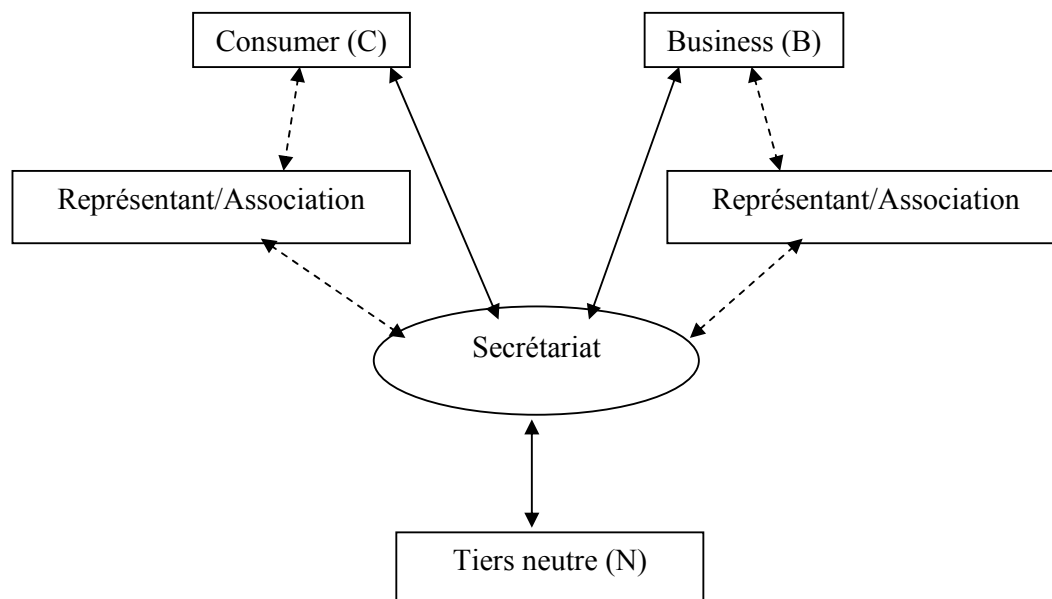
Le médiateur, après avoir constaté cet échec, émet une recommandation motivée quelques jours²⁵⁶ après le début de la phase de recommandation. La recommandation consiste à dévoiler la solution qui, selon lui, est la plus adéquate.

Les parties disposent alors d'un délai limité²⁵⁷ pour accepter la recommandation finale du médiateur. Dans ce cas, cette dernière constitue l'accord ; elle est formalisée par un écrit qui est envoyé aux parties.

²⁵⁶ Cette période s'étend à quatre jours dans le système ECODIR.

²⁵⁷ Cette période s'étend à sept jours dans le système ECODIR.

5.4.2.4.2 Schéma



5.5 LA PROBLÉMATIQUE DE L’EFFECTIVITÉ

5.5.1 Propos liminaires

5.5.1.1 L’exécution de l’accord issu du processus de résolution

Un reproche récurrent fait à l’encontre des processus “souples” de résolution des litiges (*non-binding ODR methods*) est leur manque d’effectivité intrinsèque. On vise ici le problème de l’exécution et de la mise en œuvre des accords issus du processus de résolution. En effet, si le processus de résolution aboutit positivement, il débouche sur une convention dont l’exécution, en cas de différend ultérieur, peut s’avérer plus difficile que celle d’une décision judiciaire ou arbitrale.

De manière générale, force est donc de constater que le non respect de l’accord par l’une des deux parties aura pour effet de créer un nouveau litige. Dans ce cas, à moins qu’elle ne se résigne, la partie victime d’un cocontractant défaillant se verra contrainte de saisir les tribunaux. Un tel recours à la voie judiciaire classique semble alors vider le processus d’ADR

de toute sa substance. En effet, refont ainsi surface tous les obstacles auxquels la partie la plus diligente à justement voulu échapper en recourant à un processus alternatif de résolution des litiges : l'importance des coûts, la lenteur, la rigidité de la procédure, etc²⁵⁸.

Cette difficulté propre aux processus souples de résolution des litiges doit cependant être relativisée.

Certains auteurs vont même jusqu'à minimiser l'importance de cette question de la force exécutoire de l'accord : "on peut s'interroger sur l'importance réelle de cette question : processus volontaire consistant à vider un différend de sa substance, un mode alternatif de règlement ne peut donner lieu à des garanties quant à l'exécution de l'accord conclu. Il s'apparenterait alors à une justice parallèle sans en avoir les attributs"²⁵⁹.

En outre, il convient de rappeler ici que les processus de modes alternatifs ne peuvent fonctionner utilement qu'en cas de volonté réelle des parties d'aboutir à un accord. Cet accord, élaboré en toute connaissance et de manière volontaire, a alors toutes les chances d'être respecté, et ce, que ce soit dans le chef du consommateur ou du professionnel pour lequel la maintien d'une bonne relation avec sa clientèle est prépondérant.

5.5.1.2 La qualification juridique de l'accord issu du processus de résolution

Lorsque les processus d'ADR conduisent à un accord conclu entre les parties, il y a lieu de s'interroger sur la portée d'un tel accord. A cet égard, il s'avère que la question de la qualification juridique de l'accord issu de l'ADR est déterminante pour l'effectivité de ces processus. Toutefois, la diversité des qualifications utilisées dans les Etats membres pour les accords issus d'ADR rend le panorama particulièrement complexe. Selon les Etats, l'ADR peut en effet déboucher fréquemment sur une simple entente de nature contractuelle mais

²⁵⁸ Cette circonstance est encore plus problématique si la partie défaillante est établie dans un pays étranger (en cas d'ADR transfrontière). En effet, dans ce cas, il faudra recourir à une procédure d'exequatur.

²⁵⁹ Voy. le Rapport du Forum des droits sur l'internet, "Les modes alternatifs de règlements des différends", *op. cit.*, p. 13.

aussi sur d'autres formules, comme une transaction, un procès verbal d'accord de médiation, etc.

Ces distinctions ne sont pas seulement d'ordre terminologique ; elles tiennent également aux effets juridiques qui sont reconnus à ces différents actes. Ainsi, qualifier un accord conclu à l'issue d'un processus d'ADR de transaction revient à lui reconnaître certains effets particuliers, habituellement conférés par la loi et la jurisprudence à ce type d'acte juridique²⁶⁰.

Parmi ces effets, la jurisprudence reconnaît notamment à la transaction le pouvoir “de mettre fin, en ce qui concerne le différend qui y a donné lieu, au litige présent ou futur comme l'eût fait une décision judiciaire, et possède, si les parties avaient la capacité de transiger, l'autorité de chose jugée en dernier ressort”²⁶¹.

Compte tenu des spécificités de cet acte juridique, se pose la question de savoir si l'accord des parties peut être qualifié de transaction. A tout le moins, il convient de faire preuve de prudence lorsqu'on s'essaye au périlleux exercice de la qualification juridique²⁶². En effet, au vu du processus de résolution préconisé, l'accord pourrait éventuellement consacrer l'intégralité des prétentions d'un consommateur²⁶³.

²⁶⁰ Voy. les articles 2044 et s. du Code civil.

²⁶¹ Cour, 6 novembre 1997, 30, 284. Sur les effets de la transaction, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge – T. V : les principaux contrats usuels (2^{ème} partie)*, n^{os} 508 à 511 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 1967.

²⁶² Notons à cet égard, comme le relève H. DE PAGE, que l'article 2044 du Code civil a fait, *in illo tempore*, l'objet d'une rédaction pour le moins malheureuse. En effet, “elle passe sous silence un des éléments fondamentaux, sans lequel ce contrat n'existe pas comme tel : la terminaison du litige par le moyen de concessions réciproques” (*Ibidem*, n^{os} 482 et 483) ; cette lacune ayant été cependant comblée par la doctrine.

²⁶³ Selon nous, dans le cadre du présent projet, il faudrait se garder de qualifier l'accord conclu par les parties de transaction, voire même de l'y assimiler. Cette mise en garde se justifie d'autant plus, qu'en l'espèce, il est aisé d'envisager certains cas de figure où ferait défaut la caractéristique essentielle d'une transaction, à savoir l'existence de concessions réciproques.

5.5.1.3 Vers une effectivité “institutionnelle

5.5.1.3.1 *Le point de vue des instances européennes*

Il résulte des considérations précédentes qu’il existe une grande ambiguïté relative tant à la nature des accords issus des ADR qu’en ce qui concerne leur force juridique et partant leur effectivité.

Ce constat fut notamment mis en exergue dans le cadre du Livre vert consacré aux modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial²⁶⁴ et témoigne de l’intérêt des institutions européennes pour cette problématique²⁶⁵. A cet égard, on peut remarquer que les réponses formulées en réaction audit Livre vert fournissent certaines pistes de solution²⁶⁶. Celles-ci ont la caractéristique commune de s’orienter vers la recherche d’une effectivité que nous qualifierons ici d’ “extrinsèque”, puisque qu’elle repose, selon différentes modalités, sur une forme de consécration de nature institutionnelle.

Pour les uns, il serait opportun d’assimiler, sous certaines conditions, les accords d’ADR aux autres actes susceptibles d’exécution forcée pouvant bénéficier du mécanisme d’exequatur simplifié, prévu par le règlement Bruxelles I²⁶⁷. Pour les autres, une intervention en vertu de laquelle ces accords se verraient systématiquement reconnaître un caractère exécutoire, n’apparaît pas justifiée ; ces derniers excipant du fait que les dispositions contenues dans les

²⁶⁴ Voy. Livre vert, n^{os} 84 à 87 et les interrogations formulées sous la question n° 18 : “Y a-t-il besoin de renforcer l’efficacité des accords d’ADR dans les Etats Membres ? Quelle est la meilleure solution au problème de la reconnaissance et de l’exécution dans un autre Etat membre de l’Union européenne des accords d’ADR ? Devrait-on notamment adopter des règles spécifiques afin de conférer un caractère exécutoire aux accords d’ADR ? Dans l’affirmative, sous réserve de quelles garanties ?

²⁶⁵ Voy. l’avis de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures sur le Livre vert (Rapporteur L. MARINHO), 18 février 2003, COM (2002) 196 – C5-0284/2002 – 2002/2144 (COS), point G, § 10 : “soutient que l’Union européenne devrait rapprocher la législation des Etats membres afin que soit défini le concept juridique de la ‘médiation’ ”.

²⁶⁶ Voy. Résumé des réponses au Livre vert, p. 7.

²⁶⁷ Articles 57 et 58 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, ci-après règlement “Bruxelles I”, *J.O.C.E.*, n° L 12, 16 janvier 2001, p. 1.

législations des Etats membre en matière de droit des contrats – comme la possibilité d’avoir recours à l’homologation judiciaire ou à l’acte authentique – paraissent d’ores et déjà suffisantes²⁶⁸.

Cette seconde opinion semble être actuellement partagée par la Commission européenne. Il convient, à cet égard, de se référer à la récente proposition de directive relative à certains aspects de la médiation civile et commerciale²⁶⁹. Ce texte consacre un article spécifiquement dédié à la problématique de l’exécution des accords de médiation. En effet, l’article 5 impose aux Etats membres de faire en sorte que les accords issus de la volonté des parties puissent recevoir l’onction d’une autorité publique (juge ou notaire par exemple).

Plus précisément l’article 5 dispose que :

“1. Les États membres font en sorte qu’à la demande des parties, un accord transactionnel atteint à l’issue d’une médiation puisse être confirmé au moyen d’un jugement, d’une décision, d’un instrument authentique ou de tout autre acte par un tribunal ou une autorité publique qui rend l’accord exécutoire au même titre qu’un jugement en droit national, sous réserve que ledit accord ne soit pas contraire au droit européen ou au droit national de l’État membre dans lequel la demande est introduite.

2. Les États membres communiquent à la Commission le nom des juridictions ou des autorités publiques compétentes pour recevoir une demande conformément au paragraphe 1”.

²⁶⁸ Voy. aussi le rapport du Parlement européen sur le Livre vert, *op. cit.*, p. 7, point K : “Considérant cependant que pour respecter le principe de sécurité juridique, le caractère exécutoire des décisions d’ADR doit soit résulter d’une homologation judiciaire soit être constaté par acte authentique”.

²⁶⁹ Voy. la proposition de directive du 22 octobre 2004 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, COM(2004) 718 final, disponible en ligne à l’adresse http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2004/com2004_0718fr01.pdf.

(Cfr. Rapport intermédiaire).

5.5.1.3.2 *La loi du 21 février 2005*

En cette matière, le législateur belge a, si ce n'est anticipé, du moins opéré selon la même logique que les instances européennes. En effet, pour résoudre le problème de l'effectivité attaché aux accords de médiation, la loi du 21 février offre aux parties engagées dans le cadre d'une médiation volontaire l'opportunité de soumettre l'accord conclu à l'issue du processus de résolution pour homologation au juge compétent. Par le biais d'une procédure d'homologation simplifiée, le législateur entoure l'accord de médiation de deux avantages précieux : la force exécutoire et l'autorité de chose jugée²⁷⁰.

Ainsi, le nouvel article 1733 C. Jud. dispose que : *“En cas d'accord, et si le médiateur qui a mené la médiation est agréé par la commission visée à l'article 1727, les parties ou l'une d'elles peuvent soumettre l'accord de médiation obtenu conformément aux articles 1731 et 1732 pour homologation au juge compétent. Il est procédé conformément aux articles 1025 à 1034. La requête peut cependant être signée par les parties elles-mêmes si celle-ci émane de toutes les parties à la médiation. Le protocole de médiation est joint à la requête. Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs. L'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement au sens de l'article 1043”*.

5.5.1.3.2.1 Les conditions

On soulignera d'abord que la loi réserve l'avantage de la procédure d'homologation aux parties qui ont fait appel à un médiateur agréé !

En outre, il faut également que les parties aient respecté les exigences prévues par la loi en ce qui concerne le protocole de médiation établi au commencement du processus de médiation.

²⁷⁰ Voy. P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, “La médiation dans le Code judiciaire”, *op. cit.*, p. 301.

Dans le cadre de la médiation volontaire, l'article 1731 C. Jud. impose en effet l'élaboration d'un protocole de médiation. L'objectif est que les parties définissent entre elles, avec l'aide du médiateur, les modalités d'organisation de la médiation et la durée du processus²⁷¹. Cette convention doit être consignée par écrit dans un *protocole de médiation* signé par les parties et par le médiateur²⁷².

Le protocole doit reprendre les éléments suivants :

1. le nom et le domicile des parties et de leurs conseils ;
2. le nom, la qualité et l'adresse du médiateur, et le cas échéant, la mention que le médiateur est agréé par la commission visée à l'article 1727²⁷³ ;
3. le rappel du principe volontaire de la médiation ;
4. un exposé succinct du différend ;
5. le rappel du principe de la confidentialité des communications échangées dans le cours de la médiation ;
6. le mode de fixation et le taux des honoraires du médiateur, ainsi que les modalités de leur paiement ;
7. la date ;
8. la signature des parties et du médiateur.

Enfin, loi impose également certaines formalités concernant l'accord de médiation auquel parviennent les parties à l'issue de la médiation volontaire. En vertu de l'article 1732 C. jud, cet accord doit faire l'objet d'un écrit daté et signé par elles et le médiateur (le cas échéant, il doit être fait mention de l'agrément du médiateur).

²⁷¹ Comme nous l'avons déjà souligné, la signature de ce protocole a pour effet de suspendre le cours de la prescription, voy. *supra*, p. 172.

²⁷² En ce qui concerne l'application en ligne de cette formalité, voy. *infra*, p. 202.

²⁷³ A cet égard, on insistera sur le fait que si les parties ne font pas appel à un médiateur agréé, elles ne peuvent bénéficier de l'homologation.

5.5.1.3.2.2 La procédure

Si ces conditions sont réunies, les parties ou l'une d'entre elles peuvent soumettre l'accord dégagé pour homologation, conformément à la procédure prévue en matière de requête unilatérale (art. 1025 et s. C. jud.). A ce titre, l'accord ainsi homologué se voit reconnaître les mêmes effets que ceux d'un jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire.

Notons, cependant, que la requête peut être signée par les parties elles-mêmes si elle émane de toutes les parties à la médiation. Ceci constitue une dérogation aux exigences prévues par la loi qui normalement requiert la signature d'un avocat²⁷⁴.

Enfin, il importe de mettre l'accent sur le fait que la médiation dite libre ne bénéficie pas de ces nouveaux avantages légaux et reste soumise au régime prévalant avant la loi. En principe, les parties ne peuvent donc pas saisir une juridiction pour faire entériner un accord préexistant et lui donner force exécutoire. Un tel accord ne revêt dès lors que "l'autorité de la chose convenue"²⁷⁵.

5.5.2 L'autorégulation : label et code de conduite

5.5.2.1 De quelques principes

En dépit de l'existence du nouveau dispositif légal consacré par la loi du 21 février 2005 permettant l'exécution des accords de médiation, il nous semble souhaitable de coupler le mécanisme d'ODR à un système de labellisation²⁷⁶. En effet, la problématique de l'exécution

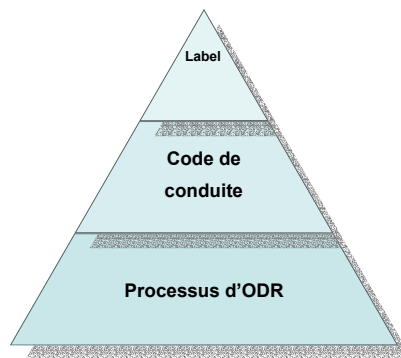
²⁷⁴ Notons que le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si ce dernier est contraire à l'ordre public.

²⁷⁵ P. VAN LEYNSEELE & F. VAN DE PUTTE, "La médiation dans le Code judiciaire", *op.cit.*, p. 301 : cette interprétation n'est toutefois pas partagée par la doctrine liégeoise "qui considère que lorsque les parties demandent l'entérinement d'un accord sur la base des articles 731 et suivants du Code judiciaire, elles ont un intérêt à saisir le juge, à savoir celui de voir leur accord homologué par le juge". Voy. V. D'HUART, *Modes alternatifs de règlement des conflits*, C.U.P., décembre 2002, vol. 59, pp. 41-42.

²⁷⁶ Voy. J. HÖRNLE, "Online Dispute Resolution – More Than The Emperor's New Clothes", University of London, Proceedings of the UNECE Forum on ODR, June 2003, p. 23, disponible en ligne à l'adresse

de l'accord de médiation est loin d'être le seul argument justifiant le recours à ce type de mécanisme. A cet égard, il importe d'adopter une vision globale de ce mécanisme d'autorégulation.

Plus particulièrement, il est d'usage en ce qui concerne les modes alternatifs de résolution des litiges de faire référence à une structure tripartite d'autorégulation²⁷⁷, basée sur un processus de résolution, un label ainsi qu'un code de conduite²⁷⁸.



L'intérêt du label peut de manière générale s'interpréter en termes de confiance²⁷⁹ et de bonne administration du processus.

En termes de confiance, la relation tripartite entre ODR, label et code de conduite est en mesure d'apporter ce besoin de sécurité et de confiance qui fait souvent défaut aux processus

<http://www.odr.info/unece2003>: "Therefore one very important factor for the effectiveness of consumer ODR is the establishment of membership or so-called trustmark schemes".

²⁷⁷ Voy. le concept de "ring of confidence", http://www.fedma.org/code/popup.cfm?id_popup=148.

²⁷⁸ P. DE LOCHT et CH. LAZARO, "Voyage dans les interstices du droit : autorégulation et codes de conduite dans le cadre du commerce électronique", in E. MONTERO (dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 297-326 ; TH. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Cahiers du CRID, n° 27, Bruylant, Bruxelles, 2005.

²⁷⁹ Voy. Livre vert, n° 72.

de résolution. Le label pouvant être décerné aux professionnels souscrivant à la plate-forme aurait pour effet d'attirer l'attention des consommateurs sur le fait que ces professionnels s'engagent à respecter une série de principes lorsqu'ils participent au processus de résolution offert par la plate-forme. Par souci de transparence, tout service d'ODR devrait prévoir la publication sur son site web d'une liste des entreprises "labellisées", ayant souscrit au système²⁸⁰.

En termes d'effectivité, l'association entre label et code de conduite apparaît souvent comme la solution idéale assurer la bonne administration du processus de résolution, et ce, à toutes les étapes de son déroulement. Ainsi, malgré l'existence d'un dispositif légal assurant l'exécution des accords de médiation²⁸¹, l'instauration d'un tel mécanisme d'autorégulation constitue donc, nous semble-t-il, un outil très précieux.

Dans ce contexte, il convient, dans un premier temps, de se concentrer sur la rédaction d'un code de conduite, véritable clef de voûte du système²⁸². A cet égard, on peut reconnaître au code de conduite une double fonction : indicative et normative.

D'une part, le code de conduite revêt une valeur "indicative", en ce qu'il est destiné à servir de guide aux parties à l'occasion du processus de résolution : il a ici vocation à en expliquer le fonctionnement. Instrument à caractère presque "topographique", il décrit la configuration d'un processus en en déterminant le territoire (le champ d'application du processus), les nivellements (les étapes du processus), les itinéraires (le déroulement du processus), et enfin les intervenants (les acteurs du processus).

D'autre part, on peut reconnaître au code de conduite une valeur "normative". En effet, le code sert ici à énoncer une série de standards destinés à assurer la qualité du processus de

²⁸⁰ Voy. la section 2, al. 1^{er}, 3^{ème} tiret, UNICE-BEUC European Trustmark Requirements (ETR), disponibles en ligne à l'adresse <http://www.euractiv.com/ndbtext/infosoc/econfidence.rtf> : "Trustmark schemes should provide information about themselves. They should publish and make clear to both consumers and business: (...) the subscribers participating in the trustmark scheme (...)".

²⁸¹ Voy. *supra*, la loi du 21 février 2005, p. 186 et s. En fonction du statut légal et administratif retenu pour la plate-forme, soulignons en outre l'intérêt éventuel d'un tel mécanisme pour les médiations dites "libres".

²⁸² Voy. *infra*, p. 198 et s.

résolution. Il s’agit notamment de poser de règles et des principes que les parties s’engagent à respecter lorsqu’elles participent au processus de résolution.

Notons que l’expression “valeur normative” est ici choisie à dessein. Il s’agit par là d’admettre la possibilité d’une variation d’intensité de la norme et, partant, de reconnaître à celle-ci une force contraignante variable en fonction des différents destinataires du code de conduite²⁸³. Dans cette perspective, on peut donc imaginer un système de labellisation qui ne vise donc pas ici à s’assurer de la qualité des services offerts par le professionnel (comme c’est le cas pour les labels en matière de commerce électronique), mais bien à garantir de manière générale sa bonne conduite lors des différentes phases de la résolution. En conséquence, un tel système nécessite que des sanctions soient établies en cas de manquement audit code.

La mise en œuvre d’un système de labellisation dépassant le cadre du présent projet, nous n’aborderons pas en détail tous les aspects relatifs à cette problématique. A cet égard, nous renvoyons vers les différents instruments normatifs de référence en la matière²⁸⁴.

Ces sources normatives sont les suivantes :

- Les “European Trustmark Requirements” (ETR), élaborés par le Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) et l’Union des Confédérations de l’Industrie et des Employeurs d’Europe (UNICE)²⁸⁵ à l’initiative de la Commission européenne, le 22 octobre 2001 ;

²⁸³ Voy. la section suivante consacrée à l’institution d’un “régime à double vitesse” en ce qui concerne les effets contraignants du code de conduite.

²⁸⁴ Nous renvoyons également à l’étude approfondie réalisée, dans le cadre d’un projet européen, par le CRID et ECP. NL en matière de label de sites de commerce électronique : R. DE BRUIN, E. KEULEERS, CH. LAZARO, Y. POULLET and M. VIERSMA, *Analysis and definition of common characteristics of trustmarks and webseals in the european union*, Final Report and Annexes, 2005, 216 p., à paraître.

²⁸⁵ <http://www.euractiv.com/ndbtext/infosoc/econfidence.rtf>.

- Les “E-Confidence Initiative Working Documents: Principles for e-commerce codes of conduct”, élaborés dans le cadre du projet E-Confidence de la Commission européenne, en mars 2001²⁸⁶ ;
- Les “Recommendations for Trustmarks” du Global Business Dialogue on e-commerce (GBDe), élaborées lors du forum de Tokyo, en 2001²⁸⁷.

5.5.2.2 Un régime à double vitesse

Comme nous l’avons suggéré dans la section précédente, il nous semble opportun d’établir un régime à double vitesse en ce qui concerne les effets contraignants du code de conduite.

A cet égard, le respect de ce code de conduite serait uniquement “obligatoire” dans le chef du professionnel. Dans cette optique, le code ferait partie intégrante des termes et conditions du contrat conclu entre l’administrateur de la plate-forme et le professionnel qui souscrit et utilise le système de résolution. De cette façon, plus qu’un simple instrument d’autorégulation, le code entrerait dans la sphère contractuelle et gagnerait ainsi en effectivité²⁸⁸. En effet, le code de conduite devrait prévoir l’application de sanctions en cas de manquements à certaines règles considérées comme essentielles. L’institution d’un tel régime se justifie, nous semble-t-il, par le fait que l’on peut raisonnablement s’attendre, dans la plupart des cas, à un comportement diligent dans le chef des consommateurs, puisque ces derniers, étant à l’origine de la réclamation, auront tout intérêt à participer au bon déroulement du processus de résolution.

²⁸⁶ Voy. le deuxième projet de principes (mars 2001) et spécialement les “General Principles for generic codes of practices for the sale of goods and services to consumers on the Internet” et “Specific Guidelines for the interpretation of the general principles, disponibles en ligne à l’adresse <http://econfidence.jrc.it>.

²⁸⁷ Voy. spécialement au sein de ce document les “Guidelines for certifiers”, disponibles en ligne à l’adresse <http://www.gbde.org/pdf/recommendations/recommendations01.pdf>.

²⁸⁸ En vertu de son engagement contractuel, le professionnel se verrait contraint d’accepter et d’appliquer les normes modélisées proposées par la plate-forme via son code de conduite, sous peine de s’exposer à des sanctions.

Plus particulièrement, ce code devrait notamment prévoir un certain nombre de règles visant les obligations spécifiques incombant au professionnel qui souscrit à la plate-forme. La plupart de ces règles auraient pour vocation de garantir un comportement loyal et diligent du professionnel au cours du processus de résolution. Certaines règles additionnelles devraient en outre concerner les exigences que le professionnel doit respecter en tant que titulaire d'un label.

Ainsi, au rang de ces règles spécifiques, pourraient figurer les obligations suivantes :

1. accuser réception lors de la transmission d'une plainte ;
2. faire preuve de diligence :
 - a) réagir aux messages de l'autre partie endéans un certain délai ;
 - b) formuler des propositions adéquates ;
 - c) ne pas demander des preuves sans rapport.
3. aller jusqu'au bout de la phase de négociation ;
4. garantir la protection des données à caractère personnel ;
5. mettre en place un service d'aide à la clientèle (ou à tout le moins, fournir une adresse de contact au client) ;
6. prévoir des clauses d'ADR transparentes et non abusives ;
7. garantir la visibilité et la transparence en ce qui concerne le label.

Cette énumération des règles s'imposant spécifiquement aux professionnels n'exclut cependant pas que soient également formulées des règles à l'attention des deux parties, et ce à des fins de bonne administration du processus de résolution²⁸⁹. Ces règles n'auraient alors valeur que de simples recommandations à l'égard des consommateurs. On pense notamment

²⁸⁹ A cet égard, notons que la Recommandation 2001/310/CE (point C, 6) contient certaines exigences concernant le comportement des parties dans sa section consacrée à l'efficacité ; elle dispose notamment que : "le comportement des parties devrait être examiné par l'organe responsable de la procédure en vue de s'assurer qu'elles sont déterminées à trouver une solution appropriée, équitable et opportune au litige. En cas de conduite non satisfaisante de l'une des parties, les deux parties devraient en être informées afin qu'elles puissent examiner si la procédure de règlement du litige doit être poursuivie".

l'obligation de répondre promptement, de veiller à des réponses adéquates, d'être de bonne foi, de ne pas s'opposer à la médiation²⁹⁰.

A titre d'exemple, le Règlement ECODIR prévoit un article consacré au “rôle des parties”²⁹¹ :

- Les Parties s'engagent à mettre tout en œuvre pour trouver un accord.
- Les Parties s'engagent à soumettre des solutions pour la résolution du conflit.
- Les Parties s'engagent à coopérer de bonne foi avec le Médiateur et l'autre Partie.
- Les Parties s'engagent à respecter la confidentialité du processus et de l'information fournie par l'autre Partie, tel que prévu à l'article 10 du présent Règlement.

Il nous semble en effet crucial de faire en sorte – que ce soit dans la formulation des règles ou dans leur présentation – que certaines règles de conduite s'adressent indifféremment aux deux parties. En effet, au-delà de sa vocation explicative, le code contribuerait ainsi à faire prendre conscience aux consommateurs du sérieux de leur engagement dans le processus de résolution.

Cette observation nécessite cependant de penser avec méticulosité l'articulation des règles formulées à l'attention des parties dans le cadre du processus de résolution afin de tendre vers le plus de transparence possible. A cet effet, il serait peut-être opportun de prévoir différents instruments normatifs en fonction des objectifs poursuivis (un règlement général de procédure à destination des parties, distinct d'un code de conduite s'imposant aux professionnels), voire une rubrique destinée spécialement aux professionnels au sein du code de conduite²⁹².

²⁹⁰ Voy. *supra*, p. 89.

²⁹¹ Voy. l'article 9 du “Règlement ECODIR”, <http://www.ecodir.org/fr/odrp/reglements.htm>.

²⁹² Certains prestataires d'ODR font la distinction entre “*user agreement*” et “*rules of procedure*”. Voy., par exemple, la page d'accueil du prestataire iCourthouse, <http://www.i-courthouse.com>.

5.5.2.3 Les sanctions

Un système de labellisation doit nécessairement s’accompagner d’un régime de sanctions en cas de violation des règles contenues dans le code de conduite. Cette exigence est reprise et mise en exergue par les différents instruments normatifs pertinents en la matière²⁹³.

A titre d’exemple, les recommandations du Global Business Dialogue on e-commerce (GBDe) disposent que : “The certifier should clearly include in the contract with the merchant the type of actions that will be undertaken if the merchant does not comply with the program requirements”²⁹⁴.

Le choix des sanctions ainsi que la détermination de leurs conditions d’application est bien entendu un point incontournable et crucial dans le développement d’un système de labellisation. De ces caractéristiques dépend en effet le degré d’effectivité du système, avec en point de mire la possibilité d’assurer au mieux la bonne administration du processus de résolution. Compte tenu des enjeux “politico-économiques” de cette problématique, nous nous limiterons dans le cadre du présent rapport à relever certaines exigences minimales en la matière et à présenter les différentes sanctions possibles, sans entrer dans le détail de leur opportunité et de leurs conditions d’application.

De manière générale, la mise en œuvre d’un régime de sanctions au sein d’un système de labellisation requiert de prendre en compte un certain nombre d’exigences minimales.

D’abord, il convient de garantir la légitimité d’un tel régime, voire du système de labellisation dans son intégralité. Dans cette perspective, il serait souhaitable de procéder au préalable à une consultation des différents acteurs concernés afin de recevoir l’adhésion de ces derniers à l’égard du régime proposé. Cette consultation nous semble être un gage de succès du système de labellisation²⁹⁵.

²⁹³ Voy. *supra*, p. 191.

²⁹⁴ Voy. article 2, § 2, des Recommandations for Trustmarks du GBDe (Guidelines for Certifiers).

²⁹⁵ Voy. article 4, § 2, *ibidem* : “The most important elements in which dialogue among the different stakeholders is essential are the content of the code of conduct, enforcement mechanisms and redress measures”.

Ensuite, il importe de respecter certaines règles élémentaires en matière de transparence. Dans ce cadre, il faut veiller à rendre les mécanismes de contrôle et de décision en matière de sanctions aussi transparents que possible, tant à l'égard du public que du professionnel lui-même²⁹⁶.

D'une part, cette exigence nécessite que les parties soient clairement informées en ce qui concerne le type de sanctions applicables en cas de manquement aux obligations qui leur incombent. Dans cette optique, une liste des sanctions possibles devrait être rendue facilement accessible sur le site web de toute plate-forme d'ODR²⁹⁷.

D'autre part, il apparaît opportun de mettre en place un système de publicité des mesures prises à l'encontre d'un professionnel. Toutefois, le recours à des mesures de publicité peut s'avérer délicat et entraîner la responsabilité du prestataire d'ODR ; un tel recours donc requiert, selon nous, de distinguer les modalités de publicité utilisées. Aussi, la prudence s'impose-t-elle, par exemple, en ce qui concerne la publication d'une liste noire (*blacklist*) répertoriant les professionnels négligents. En raison de son caractère stigmatisant, cette mesure pourrait dans certaines circonstances revêtir un caractère excessif, voire disproportionné.

Par ailleurs, en termes de confiance et de transparence, il nous semble tout de même important de porter la décision de retrait du label à la connaissance du public²⁹⁸. Il convient

²⁹⁶ Voy. la section 8, alinéa 5, des European Trustmark Requirements (ETR) : "The enforcement process should be transparent".

²⁹⁷ Voy. la section 8, alinéa, des European Trustmark Requirements (ETR) : "A list of dissuasive and proportionate sanctions should be established, which could include information to the media and financial fines". Voy. aussi l'article 2, § 4, des Recommandations for Trustmarks du GBDe (Guidelines for Certifiers) : "The certifier should disclose publicly and prominently the type of actions that it will undertake in order to ensure compliance with the program".

²⁹⁸ Voy. la section 8, dernier alinéa, des European Trustmark Requirements (ETR) : "Trustmark schemes should make available to the public decisions to withdraw the trustmark". Dans le même ordre d'idées, l'article 2, § 3, des Recommandations for Trustmarks du GBDe (Guidelines for Certifiers) suggère également d'informer le public à propos des utilisations abusives du label.

donc à cet égard de choisir avec précaution la voie la plus appropriée pour assurer la publicité de cette sanction.

Enfin, faut-il le souligner, il importe de garantir aux parties l'impartialité et l'objectivité des mécanismes de contrôle et de décision. Cette exigence peut notamment passer par l'institution au sein de la plate-forme d'un comité de surveillance, dont la composition serait basée sur une représentation des acteurs concernés²⁹⁹.

En ce qui concerne le choix des sanctions proprement dit, il convient de veiller à ce que ces dernières revêtent, en toutes circonstances, un caractère dissuasif et proportionné. Ceci étant dit, parmi les mesures à mettre en œuvre à l'encontre d'un professionnel, le retrait du label s'impose bien entendu comme une sanction incontournable³⁰⁰. Il est cependant possible d'envisager cette sanction comme l'étape ultime d'un schéma coercitif de type graduel. Un tel schéma pourrait prévoir successivement un avertissement, un blâme, un retrait temporaire du label, et enfin une exclusion définitive du système³⁰¹. Cela permettrait de rappeler progressivement à l'ordre les professionnels défaillants, par la menace de la révocation du certificat et de l'exclusion du système.

D'autres types de mesures additionnelles peuvent encore être explicitement prévues comme l'avertissement des autorités publiques compétentes en cas de pratiques manifestement illicites de la part du professionnel ou encore l'action judiciaire à l'encontre de ce dernier, même si ces mesures ne relèvent pas *stricto sensu* de la sphère de l'autorégulation³⁰².

²⁹⁹ Voy l'article 2, § 5, des Recommandations for Trustmarks du GBDe (Guidelines for Certifiers): "The certifier should take all measures to seek impartiality and objective enforcement. This may include appointing independent persons or balanced business and consumer representation to the respective accreditation and enforcement bodies".

³⁰⁰ Voy. section 8, al. 4, des European Trustmark Requirements (ETR): "Sanctions available should include the withdrawal of the trustmark when the subscriber fails to take action to comply with the trustmark requirements or seriously or repeatedly fails to comply with them".

³⁰¹ Voy. l'article 6, § 7 du code de conduite relatif au projet CCform, disponible en ligne à l'adresse <http://www.fedma.org/img/db/CCformCodeofconductFR.pdf>.

³⁰² Voy. à cet égard, la liste de sanctions formulées à l'article 2, § 3, des Recommandations for Trustmarks du GBDe (Guidelines for Certifiers).

5.5.2.4 Charte de bonne conduite pour le processus de résolution

Dans cette section, nous nous proposons d'ébaucher dans les grandes lignes un modèle de charte destinée à guider les parties en litiges à l'occasion du processus de résolution. Comme nous l'avons évoqué précédemment, il conviendra d'examiner, au cours du développement du projet, l'intérêt de prévoir ou non plusieurs instruments normatifs différents (code de conduite, règlement de procédure, etc.), dont un s'adressant spécifiquement aux professionnels, compte tenu des obligations qui leur incombent³⁰³. En effet, il convient à cet égard de formuler et de présenter les règles propres à la plate-forme de la manière la plus transparente possible.

Quoi qu'il en soit, il nous semble déjà utile à ce stade de procéder à une première identification des sections que pourrait contenir une "charte" s'adressant aux deux parties et de formuler quelques commentaires à cet égard³⁰⁴.

Dans ce contexte, le code de conduite pourrait contenir les principales sections suivantes :

1. Introduction et objectif
2. Définitions
3. Saisine de la plate-forme
4. Processus de résolution
5. Désignation et rôle du médiateur
6. Assistance ou représentation des parties
7. Rôle des parties
8. Confidentialité
9. Communications
10. Fin du processus et accord
11. Coût

³⁰³ Voy. *supra*, p. 193.

³⁰⁴ Nous nous basons à cet égard sur un examen des différents règlements et codes de conduite des différents prestataires d'ODR présents sur le net. Voy. notamment ecodir.org, mediateurdunet.fr, webmediate.com, et onlineconfidence.org.

12. Sanctions

13. Révision du code de conduite

Passons brièvement en revue ces différentes sections :

1. Introduction et objectif

Cette section aurait pour objectif d'informer les parties sur le rôle et l'objectif de la plate-forme.

Elle aurait notamment pour fonction d'éclairer les parties sur le champ d'application couvert par la plate-forme, en spécifiant notamment la nature des litiges qui sont susceptibles de faire l'objet d'un processus de résolution par son entremise, sur les exigences en matière de capacité des parties, etc.

Elle aurait également pour but d'attirer l'attention des parties sur certains principes importants comme le problème de la suspension des délais de prescription et le principe de liberté³⁰⁵.

2. Définitions

Cette deuxième section serait consacrée à une série de définitions pertinentes, destinées à familiariser les parties à la terminologie employée au sein de la plate-forme pour décrire ses différents services.

3. Saisine de la plate-forme

Cette section serait destinée à informer les parties sur la façon d'initier le processus de résolution.

³⁰⁵ En vertu duquel le recours à un mode alternatif de résolution des litiges n'exclut pas pour les parties la possibilité de quitter le processus à tout moment et ultérieurement de soumettre le litige à un autre mécanisme de résolution extrajudiciaire des litiges ou de demander réparation auprès de son propre système judiciaire. Voy. le pt. D, 2., d), de la recommandation 2001/310 et l'art. 1729 C. jud.

Elle viserait notamment les règles en matière d'accès et de sécurité (*log in* et mot de passe), de formulation et de suivi de la plainte, ou encore de langue.

4. Processus de résolution

Cette section serait destinée à informer les parties, de la manière la plus détaillée et compréhensible possible, sur le déroulement du processus de résolution, c'est-à-dire en y exposant les différentes étapes de ce processus (négociation, médiation, recommandation).

Il s'agirait notamment de spécifier les différentes étapes qui jalonnent le processus de résolution (calendrier, délais, modalités de transition entre les différentes phases du processus, etc.).

5. Désignation et rôle du médiateur

Cette section aurait pour vocation d'expliquer aux parties le statut et le rôle du médiateur (le processus de désignation du médiateur et de son remplacement éventuel, ses responsabilités, etc.)³⁰⁶.

6. Assistance ou représentation des parties

Cette section serait destinée à avertir les parties de la possibilité d'être représentées et assistées par les personnes de leur choix³⁰⁷.

7. Rôle des parties

Comme nous l'avons souligné précédemment, il est important de prévoir une section rappelant certaines règles élémentaires concernant le comportement à adopter par les parties durant le processus de résolution (bonne foi, diligence, etc.), ces règles ayant pour les unes une force contraignante, pour les autres une valeur morale.

³⁰⁶ Voy. le chapitre consacré au statut du médiateur, *supra*, p. 98 et s.

³⁰⁷ Voy. *supra*, p. 168.

8. Confidentialité

Cette section essentielle serait consacrée aux modalités d'application du principe de confidentialité. Eu égard à l'importance de ce principe en la matière, elle devrait faire l'objet d'une rédaction claire et minutieuse. Il s'agit en effet d'attirer l'attention des parties sur les enjeux du principe de confidentialité, et ce, aux différents stades du processus de résolution³⁰⁸.

9. Communications

Cette section viserait ici à expliquer aux parties les modalités pratiques de communication des informations nécessaires à la conduite en ligne du processus de résolution, c'est-à-dire la manière de transmettre des informations dans leurs relations avec le secrétariat de la plateforme ou le médiateur.

10. Fin du processus et accord

Cette section aurait pour objectif de faire la lumière sur les issues potentielles du processus de résolution : les parties trouvent un accord, une des parties demande la clôture du processus ou omet de participer au processus, les parties n'acceptent pas la recommandation finale du médiateur.

Elle viserait également à informer les parties des conséquences attachées à la conclusion d'un accord dans le litige qui les opposait : possibilité de trouver un accord à chaque étape du processus, valeur juridique de l'accord, durée d'archivage de l'accord, etc.

11. Coûts

Cette section a pour objectif, comme son nom l'indique, de renseigner les parties sur les frais de participation aux services offerts par la plateforme.

³⁰⁸ Voy. *supra*, p. 161.

12. Sanctions

Cette section serait, quant à elle, entièrement destinée à l'attention des professionnels.

Il s'agit ici d'exposer à ceux-ci d'une part le rôle d'observation de la plate-forme (ou d'un comité de surveillance institué à cet effet) à l'égard du respect de code de conduite, d'autre part, les sanctions auxquelles ils s'exposent en cas de manquement audit code.

13. Révision du code de conduite

Cette dernière section serait destinée à attirer l'attention des parties sur le fait que la plate-forme se réserve la possibilité de modifier le code de conduite et, partant, à préciser les modalités d'une telle modification.

5.6 L'IMPACT DE LA LOI DU 21 FÉVRIER 2005 SUR LA PRATIQUE DE L'ODR

5.6.1 Le formalisme relatif au protocole et à l'accord de médiation

5.6.1.1 Introduction

Si, de manière générale, on peut se réjouir du nouveau cadre légal posé par le législateur belge en matière de médiation, force est cependant de constater que certaines formalités prévues par la loi du 21 février 2005, notamment en matière de “médiation volontaire”, soulèvent plusieurs questions quant à l'application de ce processus de résolution au sein d'un environnement numérique.

Pour rappel³⁰⁹, la loi du 21 février 2005 afin de favoriser le recours à la médiation et d'offrir une certaine sécurité juridique aux parties qui s'y engagent impose notamment les formalités suivantes :

³⁰⁹ Pour une analyse plus détaillée des effets attachés à ces formalités, nous renvoyons aux différentes sections sous lesquelles ces formalités ont été analysées.

- la *signature d'un protocole de médiation* par les parties et le médiateur consacrant l'accord sur les modalités d'organisation et la durée de la médiation (art. 1731, §§ 1-2, C. jud.) ;
- la *conclusion d'un accord de médiation* faisant l'objet d'un écrit signé et daté par les parties et par le médiateur à l'issue du processus de résolution (art. 1732 C. jud.).

Le respect de ces formalités entraîne des conséquences cruciales pour le bon déroulement du processus de médiation puisqu'il permet de bénéficier des deux principaux avantages que le législateur a voulu offrir aux parties en instaurant un nouveau cadre légal en cette matière : la suspension du cours de la prescription et l'homologation de l'accord des parties par le juge.

Cependant, ces formalités ne sont pas, nous semble-t-il, de nature à faciliter l'utilisation en ligne du processus de médiation. Dans une certaine mesure, il n'est pas étonnant que le législateur belge n'ait pas pris en considération la pratique de l'ODR tant elle est émergente ; ni la loi ni les travaux parlementaires ne font en effet la moindre allusion à une éventuelle application en ligne du processus de médiation.

Ceci est cependant regrettable car, de la sorte, le législateur belge s'écarte de la politique européenne en la matière telle qu'exprimée à l'article 17, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique. En effet, cette disposition encourage les Etats membres à lever les obstacles à l'utilisation en ligne des mécanismes alternatifs de résolution des litiges : *“Les États membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés”*³¹⁰.

Dans ce contexte, il convient dès lors de se demander comment les formalités mentionnées ci-dessus peuvent être concrètement réalisées dans l'environnement numérique tout en respectant le prescrit légal de la loi du 21 février 2005. A l'issue de cet examen, il s'agira

³¹⁰ Nous soulignons (voy. nos commentaires formulés à ce sujet dans le rapport intermédiaire).

alors de déterminer quels sont les enjeux en termes de politique législative pour la création d'une plate-forme d'ODR.

5.6.1.2 L'approche fonctionnelle

5.6.1.2.1 Cadre général

Nous nous concentrerons principalement dans un premier temps sur les formalités relatives au protocole de médiation et à l'accord de médiation, qui forment le cœur du nouveau dispositif légal en matière de “médiation volontaire”³¹¹. Dans le premier cas, un écrit signé est requis³¹², dans l'autre un écrit signé et daté.

Il importe ici de préciser que le protocole de médiation et l'accord de médiation appartiennent à la catégorie des contrats ! Si la nature contractuelle de l'accord conclu par les parties à l'issue du processus de médiation ne fait pas de doute³¹³, on notera que l'article 1731, § 1^{er}, C. jud. utilise explicitement le terme “convention” lorsqu'il prescrit la réalisation d'un protocole de médiation : “*Les parties définissent entre elles, avec l'aide du médiateur, les modalités d'organisation de la médiation et la durée du processus. Cette convention doit être consignée par écrit dans un protocole de médiation signé par les parties et par le médiateur (...)*”.

A ce titre, il convient dès lors de se référer aux dispositions légales qui régissent la matière des contrats conclus par voie électronique. Rappelons à cet égard, que la directive sur le commerce électronique impose aux Etats membres de veiller à ce que “leur système juridique rende possible la conclusion de contrats par voie électronique” (article 19, § 1^{er}). En droit belge, les articles 16 et 17 de la loi sur certains aspects juridiques des services de la société de

³¹¹ Pour les autres formalités, comme l'envoi recommandé d'une proposition de médiation, voy. *infra*, p. 219.

³¹² Dans le cas du protocole de médiation, notons que l'exigence d'un écrit est implicitement contenue dans celle d'une signature. En outre, la date figure parmi les éléments qui doivent être mentionnés au sein du protocole de médiation.

³¹³ Voy. *infra*, p. 181.

l'information (ci-après L.S.S.I.) ont vocation à lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique.

L'approche suivie à cette fin par le législateur belge repose sur ce qu'il est convenu d'appeler la théorie des équivalents fonctionnels³¹⁴. Plus particulièrement, elle repose sur l'articulation entre une clause transversale générale³¹⁵ et trois clauses transversales particulières visant à couvrir les trois exigences de forme les plus récurrentes, à savoir celles relatives à l'écrit, à la signature ou aux mentions manuscrites. Cette approche fonctionnelle repose sur une analyse des fonctions essentielles des exigences de forme traditionnelles, afin de reconnaître une même valeur juridique aux contrats conclus sur support papier et aux contrats conclus par voie électronique, pourvu que ces derniers assurent le respect de ces fonctions.

Sur cette base, il s'agit donc d'appliquer l'approche fonctionnelle aux formalités requises pour le protocole de médiation et l'accord de médiation.

D'emblée, il est importe de préciser que ces contrats n'entrent pas, nous semble-t-il, dans le champ de l'exception prévue à l'article 17, 2°, de la L.S.S.I. en vertu duquel l'approche fonctionnelle n'est pas applicable aux *“contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique”*. En effet, en dépit de leur nature hybride – puisqu'il s'agit d'actes “encadrés” par le Code judiciaire –, on voit mal comment ces contrats pourraient être assimilés à des actes judiciaires³¹⁶. Par ailleurs, on notera que, dans le cadre de la médiation volontaire, l'intervention d'un tribunal ne se fait qu'a posteriori en vue de l'homologation et ne préjuge pas comme telle de la validité du contrat. En outre, le médiateur, même agréé, qui intervient

³¹⁴ D. GOBERT & E. MONTERO, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle”, *D.A./O.R.*, n° 53, 2000, pp. 17-39.

³¹⁵ L'article 16, 1^{er}, de la L.S.S.I. dispose que : “Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées”.

³¹⁶ On ne peut donc conclure qu'en toute hypothèse l'article 17 de la L.S.S.I. ne s'appliquerait pas au formalisme judiciaire.

dans le cadre de ce processus de résolution ne peut être considéré comme “une autorité publique” ni même comme le représentant d’une “profession exerçant une autorité publique”.

5.6.1.2.2 Application des clauses transversales

5.6.1.2.2.1 L’exigence d’un écrit

En vertu de l’article 16, § 2, de la L.S.S.I., “*l’exigence d’un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission*”. L’approche fonctionnelle consacrée ici par le législateur vise à distinguer l’écrit de son support (en particulier du papier) ou de son mode de transmission.

Plus particulièrement, la clause transversale impose que deux qualités fonctionnelles soient remplies pour qu’il y ait assimilation dans l’environnement numérique : la lisibilité et la stabilité.

Comme le soulignent M. Demoulin et E. Montero, l’écrit “se compose donc d’un ensemble de lettres ou de chiffres (tel le langage binaire) doté de sens et *lisible*, soit directement, soit par le biais d’un dispositif quelconque (ordinateur, logiciel *ad hoc* et éventuellement un logiciel de décryptage). L’écrit doit en outre être suffisamment *stable*, puisqu’il doit pouvoir être consulté ultérieurement”³¹⁷.

En ce qui concerne le protocole et l’accord de médiation, l’exigence de l’écrit peut donc aisément être remplie par le biais d’un document sous forme électronique émis par un service d’ODR, pour autant que les fonctions de lisibilité et de stabilité soient préservées.

³¹⁷ M. DEMOULIN & E. MONTERO, “Le formalisme contractuel à l’heure du commerce électronique”, in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 179.

5.6.1.2.2.2 L'exigence d'une signature

La formalité de l'écrit prescrite par les dispositions légales en matière de médiation volontaire ne constitue qu'une exigence minimale, à laquelle tant pour le protocole que pour l'accord de médiation il faut ajouter celle de la signature.

A cet égard, il convient de se référer à la seconde clause transversale particulière prévue par la L.S.S.I. qui porte spécifiquement sur l'exigence formelle de signature. Ainsi, l'article 16, § 2, 1^{er} tiret dispose que : *“l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification”*.

En pratique, pour que la formalité de signature soit remplie dans un environnement numérique, il faut donc disposer :

- soit d'une signature électronique avancée au sens de l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 ;
- soit d'une signature répondant aux critères d'imputabilité et d'intégrité prévus par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil³¹⁸.

Comme nous l'avons déjà souligné, il apparaît peu raisonnable dans le cadre d'un service d'ODR consacré aux litiges de consommation d'imposer l'utilisation d'un dispositif de signature électronique avancée, compte tenu notamment de la lourdeur et des coûts qu'impliquerait un tel dispositif (surtout dans le chef du consommateur)³¹⁹.

³¹⁸ L'article 1322, al. 2, du Code civil dispose que : “Peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte”.

³¹⁹ Voy. *supra*, p. 147.

Pour cette raison, le service d'ODR devrait proposer un autre dispositif technique de signature garantissant l'imputabilité et l'intégrité de l'acte conformément à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Ces deux critères peuvent, nous semble-t-il, être satisfaits par un dispositif technique reposant sur un site web sécurisé utilisant un mécanisme d'identifiant et de mot de passe, comme le font la plupart des services d'ODR³²⁰.

A titre d'exemple, voici ce que la plate-forme Ecodir précise en ce qui concerne l'accord de médiation : "Il est important de rappeler qu'en utilisant un code personnel, les Parties signent électroniquement le contrat et expriment leur consentement quant à son contenu. L'accord conclu en ligne est considéré comme un contrat entre les Parties au conflit. Ce contrat engage les Parties. Le système ECODIR envoie l'accord certifié en format électronique, qui peut être utilisé pour prouver le contenu du contrat"³²¹.

A ce stade, il convient de souligner qu'en principe l'article 1322, alinéa 2, du Code civil se situe dans la seule orbite du droit de la preuve et ne vise dès lors pas les hypothèses où une signature est requise pour d'autres fins que probatoires. Cependant, pour obvier à cette lacune³²², la clause transversale particulière prévue par la L.S.S.I. consacre le principe selon lequel toute exigence de signature posée au cours du processus contractuel peut être satisfaite par le recours à une signature électronique, aux conditions prévues par la loi, quelle que soit la finalité poursuivie. De manière générale, il convient ici d'être attentif au fait que la notion de processus contractuel doit être entendue au sens large. Ainsi, dans le cadre de la médiation, le processus contractuel ne se limite pas, par exemple, au seul protocole de médiation mais vise également d'autres étapes comme l'échange de pièces ou de documents utiles à la résolution du litige.

³²⁰ Même si, dans ce cas, on ne peut lui reconnaître la même valeur probatoire que celle d'une signature électronique avancée.

³²¹ Voy. <http://www.ecodir.org>, dans la rubrique FAQ : "Quelle est la valeur juridique d'un accord conclu en ligne ?".

³²² De prime abord, on peut en effet être surpris que le législateur ait adopté une disposition supplémentaire à cet égard, vu l'important dispositif déjà mis en place : Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000, p. 42698 ; loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001, p. 33070.

Notons au passage que les formalités requises tant pour le protocole que pour l'accord de médiation obéissent à des finalités multiples³²³. En effet, si l'élaboration (et la signature) d'un protocole de médiation a pour effet direct de suspendre le cours de la prescription et de permettre une homologation éventuelle³²⁴, elle vise plus largement à fixer le cadre contractuel du processus de médiation³²⁵, à aider les parties à prendre conscience des conséquences de leur engagement dans un processus de médiation, etc.

De même, la conclusion d'un accord de médiation, sous la forme d'un écrit signé et daté, implique plusieurs finalités. Il s'agit notamment d'entériner l'accord des parties en fixant leurs droits et obligations respectifs, d'assurer que ce document se présente sous une forme claire et acceptable dans la perspective d'une homologation devant le tribunal, mais également d'éviter autant que possible tout conflit au moment de l'homologation.

Ainsi dans les travaux parlementaires, on peut lire "qu'il serait utile de consigner l'accord par écrit et d'y associer les parties. Généralement, les éventuels problèmes n'apparaissent qu'au moment où l'accord est acté. Un accord qui n'est pas consigné entièrement par écrit donne parfois lieu à des discussions au moment de l'homologation devant le tribunal"³²⁶.

³²³ Voy. le guide pour l'incorporation en droit interne de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique qui énumère, de manière non exhaustive, onze fonctions différentes traditionnellement assurées par l'écrit sur papier, cité par M. DEMOULIN & E. MONTERO, "Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique", *op. cit.*, p. 178.

³²⁴ En vertu de l'article 1733 C. jud., le protocole de médiation doit être joint à la requête en homologation.

³²⁵ Voy. la proposition de loi déposée par R. Fourneaux, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, Doc-50 0416/001, p. 8.

³²⁶ Voy. Rapport Courtois et van der Auwera, doc. 51 0327/007, p. 87. Voy. I. BALENSI, "L'homologation judiciaire des actes juridiques", *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 50 : "il existe toujours, en matière d'homologation, un conflit latent qui se matérialise parfois par la survenance de litiges à l'occasion de l'instance en homologation".

5.6.1.2.2.3 L'exigence d'une date

En vertu de l'article 1732 C. jud., l'accord de médiation doit non seulement être signé mais également daté³²⁷. Cette formalité peut être réalisée dans l'univers numérique en ayant recours à l'horodatage électronique³²⁸.

Un tel procédé, reposant sur l'intervention d'un tiers de confiance, permet d'attribuer une marque de temps précise au document (date et heure). D'un point de vue technique, il repose sur un mécanisme proche de la signature électronique basée sur la cryptographie asymétrique et, à ce titre, il est d'une grande fiabilité. Toutefois, comme en matière de signature électronique, son utilisation implique une certaine lourdeur technique et surtout un coût. Dans le cadre du présent projet, il conviendra donc de déterminer s'il est raisonnable d'y recourir, par exemple via la collaboration de la plate-forme d'ODR avec un tiers horodateur³²⁹.

On notera cependant qu'il est toujours possible pour le service d'ODR de proposer d'autres procédés de datation. Ceux-ci seront, en cas de litige, interprétés à la lumière de la clause transversale générale afin de vérifier si les qualités fonctionnelles de l'exigence de datation ont été préservées³³⁰.

³²⁷ De manière générale, les raisons de l'exigence formelle de datation sont multiples et souvent liées à la particularité de l'acte à dater. Voy. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, L.G.D.J., Paris, 1975, pp. 329-333. En l'espèce, cette formalité semble notamment requise pour marquer "officiellement" la fin du processus de résolution, ce qui a pour effet de faire courir à nouveau le délai de prescription.

³²⁸ M. DEMOULIN, "Aspects juridiques de l'horodatage électronique", *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 44.

³²⁹ Dans cette matière, on sera cependant attentif à la problématique de l'opposabilité de la date à l'égard des tiers (art. 1328 C. C.), *Ibidem*, p. 65 et s.

³³⁰ On notera que la date est ici exigée pour marquer la fin de la suspension des délais de prescription.

5.6.1.3 La portée des formalités

5.6.1.3.1 Problématique

D'un point de vue purement contractuel, nous avons vu comment les formalités prévues par la loi du 21 février 2005 en matière de médiation volontaire pourraient, à l'aune de l'approche fonctionnelle, être satisfaites dans l'environnement numérique. Toutefois, d'un point de vue procédural, le régime mis en place par la loi du 21 février 2005 recèle certaines incertitudes en ce qui concerne les sanctions consécutives au non-respect du formalisme attaché au protocole et à l'accord de médiation. En d'autres mots, que se passerait-il si les parties ou l'une d'entre elles soumettaient des actes non conformes pour homologation ?

Pour rappel, on sait de manière générale que la réalisation en bonne et due forme d'un protocole et d'un accord de médiation permet aux parties de suspendre le cours de la prescription et surtout, le cas échéant, de procéder à l'homologation de leur accord.

Comme nous l'avons déjà souligné, l'article 1733 C. jud. dispose que : *“En cas d'accord, et si le médiateur qui a mené la médiation est agréé par la commission visée à l'article 1727, les parties ou l'une d'elles peuvent soumettre l'accord de médiation obtenu conformément aux articles 1731 et 1732 pour homologation au juge compétent. Il est procédé conformément aux articles 1025 à 1034. (...)”*.

Pour pouvoir soumettre l'accord pour homologation, il faut donc que les conditions suivantes soient réunies de manière cumulative³³¹ :

- 1) le recours à un médiateur agréé ;
- 2) l'existence d'un accord obtenu conformément aux articles 1731 C. jud (formalités relatives au protocole de médiation) et 1732 C. jud (formalités relatives à l'accord de médiation).

Sur cette base, l'affaire peut être introduite en suivant les règles en matière de requête unilatérale ; l'article 1733 C. jud dispose à cet égard que : *“Il est procédé conformément aux articles 1025 à 1034. La requête peut cependant être signée par les parties elles-mêmes si celle-ci émane de toutes les parties à la médiation. Le protocole de médiation est joint à la requête”*.

Mais, globalement, ni la loi ni les travaux parlementaires n'apportent de réelles précisions sur les conséquences qu'entraîneraient le non-respect éventuel des formalités entourant le protocole et l'accord de médiation³³², notamment dans le cadre de la procédure d'homologation prévue à l'article 1733 C. jud. De même, rien n'est précisé sur la vérification du respect des formalités prévues par la loi ; ceci soulevant la question du rôle du juge durant la procédure d'homologation. Bien que ces aspects débordent la stricte problématique de l'ODR, il nous semble important d'y consacrer quelques réflexions tant ils constituent le cœur du nouveau cadre légal posé par la loi du 21 février 2005.

³³¹ Dans les travaux parlementaires, on peut lire la phrase suivante : “si ces conditions sont remplies, l'accord pourra être soumis pour homologation au juge compétent, dans les formes prévues à l'article 1026 du Code judiciaire (requête unilatérale). Voy. Rapport Courtois et van der Auwera, doc. 51 0327/007, p. 37.

³³² Notamment, en l'espèce, si ces formalités n'ont pas été adéquatement rencontrées par la voie électronique.

5.6.1.3.2 *Sanctions en cas de non-respect des formalités*

Il convient dès lors de se demander quel est le régime de sanction attaché aux formalités entourant le protocole et l'accord de médiation. Ces exigences formelles sont-elles par exemple soumises au régime des nullités ou des fins de non-recevoir prévu par le Code judiciaire ? La vérification du respect de ces formalités entre-t-elle dans la mission du juge d'homologation ?

D'emblée, il convient de rejeter l'hypothèse d'une soumission des formalités prévues aux articles 1731 et 1732 C. jud. au régime des nullités consacré en matière judiciaire. En effet, en cette matière, il n'existe pas de nullité sans texte ; or, ces deux dispositions ne mentionnent pas formellement ce type de sanction³³³. De même, ces formalités ne peuvent, selon nous, être soumises au régime des fins de non-recevoir, lequel sanctionne un ensemble de situations tout à fait particulières comme le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le non-respect du délai préfix, la chose jugée, etc.

Dans ce contexte, il nous semble dès lors raisonnable d'assimiler ces formalités à des conditions de forme dont le respect est nécessaire pour obtenir l'homologation. Toutefois, à première vue, la loi reste muette en ce qui concerne la vérification éventuelle du respect des formalités exigées en ce qui concerne le protocole et l'accord de médiation. Dans le cadre de cette procédure gracieuse qu'est l'homologation de l'accord de médiation³³⁴, la loi semble strictement limiter le contrôle du juge à une vérification de la conformité de l'accord de médiation à l'ordre public.

³³³ G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^{ème} éd., Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 61 et s.

³³⁴ C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Bibliothèque de droit privé, t. 328, L.G.D.J., Paris 2000, p. 39 et s.

En effet, comme le précise de manière explicite l'article 1733 C. jud : *“le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs”*^{335 336}. A cet égard, les travaux préparatoires nous éclairent sur la finalité poursuivie par le législateur lorsqu'il impose l'obligation de présenter au juge un protocole et un accord de médiation : *“la nécessité de présenter au juge l'accord de médiation et le protocole de médiation lui permet d'apprécier la conformité de l'accord obtenu avec l'ordre public, grâce à l'exposé succinct du conflit que ce dernier contient. La simple présentation d'un document faisant état d'un accord et décrivant les obligations des parties qui en découlent, sans plus de précisions, rendrait ce contrôle plus aléatoire”*³³⁷. Cette obligation est donc destinée à faciliter le contrôle de la conformité de l'accord de médiation à l'ordre public.

Par comparaison, on notera qu'en matière de divorce par consentement mutuel, l'article 1298 C. jud – qui repose en partie sur le même type de procédure – étend l'intervention de contrôle du juge au-delà de l'examen minimaliste de la conformité à l'ordre public. En effet, cette disposition impose au juge de vérifier tant les conditions de forme et de fond prévues par la loi que le contenu des conventions préalables en ce qui concerne les enfants mineurs. En principe, le juge ne peut donc faire d'autres vérifications que celles prévues par cette disposition³³⁸. En dépit de ces précisions, l'étendue du pouvoir d'appréciation du tribunal en matière de consentement mutuel reste néanmoins très controversée³³⁹.

³³⁵ Voy. aussi l'article 1736 C. jud. (médiation judiciaire).

³³⁶ On notera que certains amendements visant à étendre le contrôle du juge ont été supprimés ; ceux-ci prévoyaient que le juge, d'une part, vérifie que l'accord de médiation respecte les droits de la défense et les droits des tiers, d'autre part, s'assure que les éventuelles renonciations à des droits soient éclairées. Voy. Rapport Courtois et van der Auwera, doc. 51 0327/007, p. 39.

³³⁷ *Ibidem*, p. 38.

³³⁸ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 462.

³³⁹ J. VAN COMPERNOLLE & G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (1985 à 1998): Droit judiciaire privé (suite), *R.C.J.B.*, 1999, p. 75, n° 223.

C'est dire toute la difficulté que soulève l'article 1733 C. jud. quant à la vérification des formalités relatives au protocole et à l'accord de médiation. Cette difficulté est en outre renforcée par le fait que, dans le cas de la médiation volontaire, on atteint un niveau d'hybridité supérieur à ce que l'on connaît pour les actes qui peuvent traditionnellement être soumis à homologation³⁴⁰. Généralement, pour ce type d'actes, la volonté des parties est, à elle seule, impuissante à produire les effets de droits recherchés car la loi en a décidé autrement³⁴¹. Or, dans le cas de la médiation volontaire, il nous semble que car le législateur n'impose pas comme tel le recours à l'homologation pour donner effet aux engagements des parties contenus dans l'accord de médiation. L'opportunité d'une homologation est ici entièrement laissée à la discrétion des parties. Autrement dit, l'homologation revêt ici un caractère "performatif" car elle vise à conférer à un acte juridique "complet" un surcroît d'effectivité.

La question qui se pose ici est donc de savoir si le juge peut aller au-delà de la vérification de la conformité de l'accord de médiation à l'ordre public – et donc s'il peut vérifier la conformité du protocole de médiation et de l'accord de médiation au prescrit des articles 1731 et 1732 C. jud. Dans l'affirmative, pour un processus de médiation réalisé en ligne, le juge serait alors amené à vérifier ces formalités à l'aune de l'approche fonctionnelle que nous avons évoquée précédemment. Cette question cruciale, s'il en est, en entraîne d'autres : en cas de non-respect des formalités, le juge peut-il refuser sans réserve l'homologation ou peut-il offrir aux parties la possibilité de rectifier leur acte d'un point de vue formel ? ; L'acte d'homologation purge-t-il les vices de formes attachés à l'accord de médiation ?

³⁴⁰ I. BALENSI, "L'homologation judiciaire des actes juridiques", *op. cit.*, p. 46 : "ce qui fait l'originalité des décisions du juge de l'homologation parmi les décisions gracieuses, c'est essentiellement qu'elles se greffent sur des actes juridiques préexistants, qui pourraient très bien se suffire à eux-mêmes si le législateur n'en avait décidé autrement".

³⁴¹ Ainsi, c'est de l'homologation que partent les effets de l'acte homologué ; à titre d'exemple, le divorce par consentement mutuel ne prendra effet entre les époux qu'à compter de l'homologation de leur convention.

Toutes matières confondues, on soulignera qu'il est généralement très délicat de connaître l'étendue exacte de la mission du juge ; la législation étant souvent insuffisamment explicite sur ce point, la tâche de l'interprète s'avère difficile. A cet égard, certains auteurs montrent que l'homologation n'est pas qu'un acte purement réceptif. Ainsi, dans le cadre d'une procédure en homologation, le juge ne jouerait pas qu'un rôle passif en vertu duquel il ne serait que le témoin solennel de la déclaration des parties : "le juge de l'homologation doit confronter la prétention des requérants aux exigences légales et ne peut homologuer que si les conditions prévues par la loi sont réunies, ce qui suppose de sa part une appréciation de nature juridictionnelle"³⁴². A ce titre, outre la mission d'apprécier la conformité à l'ordre public ou à un intérêt, la vérification du juge pourrait également porter sur des éléments de faits purement objectifs et sur l'interprétation de dispositions légales³⁴³.

Dans le même ordre d'idées, en matière de médiation, la proposition de loi d'origine indiquait à ce sujet dans le commentaire des articles : "Le juge homologuant n'est pas qu'un simple préposé au tampon. Après avoir exercé un contrôle de légalité, de régularité et d'opportunité, il constate les termes de l'accord dans un procès verbal et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire"^{344 345}. Même s'il n'entre pas explicitement dans sa mission de procéder à un examen systématique et exhaustif de l'ensemble des conditions de validité de l'accord de médiation (et du protocole), on peut donc raisonnablement penser que *de facto* il en vérifiera la validité.

³⁴² I. BALENSI, "L'homologation judiciaire des actes juridiques", *op. cit.*, p. 59 ; V. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, n° 287 et s.

³⁴³ En matière de règlement collectif de dettes, face à un plan de règlement amiable qui a reçu l'accord des parties, le juge n'a pas un rôle passif : "il vérifie la régularité de la procédure ainsi que la conformité du plan aux objectifs de la loi (art. 1675/3)". Voy. E. BALATE, P. DEJEMEPPE & F. DOMONT-NAERT, *Le règlement collectif de dettes*, Les dossiers du Journal des Tribunaux, Larcier, Bruxelles, 2001, p. 103.

³⁴⁴ Proposition de loi, déposée par Mme C. Nyssens & M. Ch. Brotcorne, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraordin., 9 octobre 2003, Doc. n° 3-226/1. Force est de constater que les travaux préparatoires utilisent ici une formulation qui est loin d'être explicite...

³⁴⁵ G. DE LEVAL, "Conclusions", in *La médiation en matière commerciale*, actes du colloque organisé par le Centre de médiation de l'Ordre des avocats du barreau de Liège le 1^{er} octobre 1999, ASBL Ed. du jeune barreau de Liège, 2000, p. 177 et s.

Ceci n'est pas nécessairement contradictoire avec le passage de l'article 1733 qui indique que le juge ne peut refuser l'homologation que pour contrariété avec l'ordre public ou l'intérêt des enfants mineurs. Il s'agit des conditions de fond que l'accord doit respecter, alors que les articles 1731 et 1732 visent des conditions de forme.

Dès lors, il semble bien que le non-respect de ces conditions de forme entraîne le refus de l'homologation, les parties retombant alors sous le régime de la médiation libre.

Soulignons enfin que les incertitudes en cette matière doivent être relativisées si l'on tient compte des précautions qui peuvent être prises préalablement en vue d'éviter les refus d'homologation. Ainsi, un processus de résolution réalisé dans le cadre d'une plate-forme d'ODR placée sous l'égide ou sous la surveillance de l'Etat devrait, en principe, permettre d'éviter que ne soient présentées au juge des conventions insusceptibles d'être homologuées, et ce d'autant plus si ce processus est conduit par un médiateur agréé. Un des objectifs principaux de la loi du 21 février 2005 n'est-il pas à cet égard d'entourer la médiation des garanties que présente l'intervention d'un médiateur agréé, professionnel qualifié, et de la légitime confiance qu'il inspire ?

En outre, ne pourrait-on envisager que les parties décident conventionnellement de reconnaître la validité du mécanisme de signature et de datation électronique mis à leur disposition par un service d'ODR ? Concrètement, outre les mentions légales, le protocole de médiation réalisé dans le cadre d'un service d'ODR pourrait contenir une clause de ce type afin d'éviter toute difficulté ou contestation ultérieure à cet égard.

5.6.1.3.3 *Les voies de recours*

Comme le précise l'article 1733 C. jud., "l'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugements au sens de l'article 1043". L'article 1043 C. jud. stipule que : "*Les parties peuvent demander au juge d'acter l'accord qu'elles ont conclu sur la solution du litige dont il est régulièrement saisi.*

Ce jugement n'est susceptible d'aucun recours de la part des parties litigantes, à moins que l'accord n'ait point été légalement formé et sauf les voies d'interprétation et de rectification prévues aux articles 793 à 801, s'il y a lieu".

Le recours concerne non l'acte d'homologation mais la convention soumise à homologation³⁴⁶. Plus particulièrement, le recours peut donc porter sur la légalité de l'accord de médiation, si celui-ci est entaché de vices de consentement, de vices de procédure ou s'il ne respecte pas les dispositions d'ordre public.

Ainsi, l'homologation n'a pas pour effet de purger l'acte de tous ses vices ; la partie qui s'estime lésée peut invoquer une irrégularité formelle à l'appui de son recours en annulation³⁴⁷. Cette opportunité dérive du fait que la décision judiciaire ne se substitue pas à l'acte juridique mais vient seulement le compléter.

³⁴⁶ G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 274.

³⁴⁷ Un recours pourrait, par exemple, être intenté si une partie estime que l'accord de médiation n'a pas été valablement formé par voie électronique. Il faut également rappeler que la tierce opposition est toujours possible dans le chef des tiers lésés.

5.6.2 Les autres formalités

Comme nous l'avons déjà évoqué, la loi du 21 février 2005 offre à la partie qui souhaite initier un processus de médiation volontaire la possibilité de formuler une proposition de médiation à l'autre partie. D'un point de vue formel, si cette proposition est envoyée par "envoi recommandé" et contient la réclamation d'un droit, elle entraîne deux effets majeurs : elle vaut mise en demeure et suspend le cours de la prescription pendant une durée d'un mois (art. 1730, §§ 2-3, C. jud.)³⁴⁸.

Bien que la réalisation de cette formalité n'entre pas directement dans la sphère d'activité d'une plate-forme d'ODR – l'opportunité de cet envoi relevant strictement de l'initiative des parties –, il convient cependant d'y consacrer quelques réflexions notamment en ce qui concerne son application dans un environnement numérique.

A l'heure actuelle, le recommandé électronique est reconnu légalement au niveau belge^{349 350}. En tout état de cause, il est désormais possible de recourir à un service de recommandé électronique dans le cas où une disposition légale impose le recours à une simple lettre recommandée, sans autre précision comme le fait l'article art. 1730, § 2, C. jud. Cela signifie que le recommandé électronique est susceptible de produire au moins les mêmes effets juridiques que le recommandé traditionnel auquel différentes fonctions sont généralement assignées.

³⁴⁸ Voy. *supra*, p. 171 et s.

³⁴⁹ Voy. l'article 144octies, § 2, de la loi du 11 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991. Cette disposition a été modifiée par la loi-programme du 2 août 2002 (*M.B.*, 29 août 2002). Voy. aussi l'article 21 de l'arrêté royal du 9 juin 1999, *M.B.*, 18 août 1999.

³⁵⁰ En outre, La Poste ne jouit plus d'un monopole à cet égard. Pour une analyse approfondie de cette problématique, voy. E. MONTERO, "Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcée", *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 69-99.

Ainsi, “le recommandé permet de prouver la réalité de l’envoi ainsi que sa date, et éventuellement la réception – s’il s’agit d’un recommandé avec accusé de réception. On peut également présumer que le contenu du courrier transmis par ce biais est tel que le prétend l’émetteur, à charge du destinataire de démontrer que, contrairement au cours normal et habituel des choses, il n’en va pas ainsi”³⁵¹. En principe, couplé à l’utilisation d’une signature électronique, le recommandé électronique offre même, sur le plan probatoire, plus de garanties que le recommandé traditionnel. Il permet de garantir la réalité de l’envoi et de la réception, le contenu du message et l’identité des parties³⁵². Combiné à un procédé d’horodatage électronique, il permet en outre d’établir la date d’envoi et de la réception du message.

En pratique, toutefois, on soulignera que le recommandé électronique est encore peu usité, notamment compte tenu des coûts qu’il implique. En outre, un service de recommandé électronique comme celui proposé par Certipost³⁵³ n’est pas encore entièrement électronique³⁵⁴.

Le mécanisme inédit de proposition de médiation introduit par la loi du 21 février 2005 n’apparaît donc pas très praticable dans la perspective d’un service d’ODR. En effet, idéalement, une plate-forme d’ODR devrait, via son architecture technique, offrir aux parties la possibilité de réaliser toutes les formalités nécessaires au bon déroulement du processus de résolution. Or, l’article 1730, § 2, C. jud. n’offre malheureusement pas une grande marge de manœuvre à la plate-forme d’ODR. Compte tenu du prescrit légal, on imagine mal comment la plate-forme d’ODR pourrait se substituer à l’une des parties pour la réalisation de cette formalité.

³⁵¹ H. JACQUEMIN, “Le formalisme du contrat d’assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l’information”, *R.G.A.R.*, à paraître.

³⁵² Sur la problématique des tiers de confiance, voy. D. GOBERT, “Commerce électronique : vers un cadre juridique général pour les tiers de confiance”, in *R. D. T. I.*, n° 18, avril 2004, pp. 33-56.

³⁵³ Voy. <http://www.certipost.be>.

³⁵⁴ Voy. le “recommandé électronique imprimé”, <http://www.mycertipost.be>.

Après la phase de négociation, la plate-forme n'aurait alors d'autre possibilité que d'attirer l'attention des parties sur l'existence et les avantages de ce mécanisme de proposition, à charge ensuite pour la partie qui le souhaite d'initier le processus de médiation conformément à l'article 1730, § 2 : soit en utilisant un service de recommandé électronique – ce qui est peu probable à l'heure actuelle –, soit en recourant au recommandé papier, – ce qui viderait partiellement le mécanisme d'ODR de sa substance.

5.6.3 Remarques finales

Au vu de ce qui vient d'être exposé, on peut constater que le formalisme introduit par la loi du 21 février 2005 en matière de "médiation volontaire" vient quelque peu contrarier son application dans un environnement numérique. Ces difficultés sont liées à la nature hybride de la médiation volontaire consacrée par la loi ; mi-conventionnel, mi-judiciaire, ce processus de résolution gagne d'un côté en sécurité juridique, ce qu'il perd de l'autre en souplesse.

Ainsi, bien que certaines exigences formelles prévues par la loi, notamment en ce qui concerne le protocole et l'accord de médiation, peuvent en principe être satisfaites sur base d'une approche fonctionnelle, d'autres sont de nature à limiter considérablement la marge de manœuvre d'une plate forme d'ODR et, par-là, les avantages que l'architecture technique d'une telle plate-forme est censée offrir aux parties. En outre, les incertitudes que la loi laisse planer sur la portée (sanctions) du formalisme inhérent à la "médiation volontaire" ne sont pas de nature à simplifier la réflexion.

Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable de s'interroger sur l'opportunité d'une modification de la loi du 21 février 2005. En effet, compte tenu des caractéristiques du présent projet, une telle modification permettrait de prendre pleinement en considération la pratique de l'ODR et, ce faisant, de se conformer au prescrit de l'article 17 de la directive sur le commerce électronique. De manière générale, il s'agirait de consacrer dans la loi la création d'une plate-forme technique dédiée aux modes alternatifs de résolution des litiges et placée sous l'égide du SPF économie auquel doit être reconnu un rôle majeur en la matière.

Plus particulièrement, ceci offrirait la possibilité d’instaurer un processus de résolution en ligne “sur mesure”, tout en reprenant les nouveaux mécanismes (et les effets qui y sont attachés) introduits par la loi du 21 février 2005 mais en les adaptant à l’environnement numérique (notamment en matière de proposition de médiation, de protocole de médiation et d’accord de médiation).

Cette solution permettrait notamment aux parties de tirer pleinement profit des possibilités offertes par la technologie dans le cadre de leur processus de résolution. Ainsi, la plate-forme d’ODR mettrait à la disposition des parties des procédés techniques spécifiques leur permettant notamment de formuler une proposition de médiation valant mise en demeure, d’élaborer et de signer un protocole de médiation ad hoc, de signer et dater un accord de médiation sans s’exposer aux incertitudes et aux risques que nous avons évoqués précédemment.

Par ailleurs, cette solution permettrait, de manière positive, de procéder à une articulation adéquate entre le cadre organisationnel consacré par la loi du 21 février 2005³⁵⁵ et les services proposés par la plate-forme d’ODR. En effet, d’un point de vue organisationnel, on pourrait envisager la plate-forme d’ODR comme un complément idéal à la structure de contrôle mis en place par la loi du 21 février 2005 à travers la création de la commission fédérale de médiation et, plus particulièrement, de la commission spéciale couvrant la matière civile et commerciale.

Dans cette perspective, plusieurs modalités de collaboration ou d’interactions peuvent être envisagées :

- la plate-forme pourrait collaborer à la définition de critères de qualité spécifiques à la pratique de l’ODR. En ce qui concerne les médiateurs, ces critères complèteraient ceux prévus au sein du code de conduite que la commission fédérale est chargée d’établir.

³⁵⁵ Voy. *supra*, p. 102.

Par ailleurs, notons que les exigences posées dans la nouvelle loi visent uniquement les médiateurs agréés qui interviennent dans le cadre de médiations judiciaire et volontaire ; à ce titre, les critères définis par la plate-forme auraient également vocation à s'appliquer aux médiateurs non agréés.

- La plate-forme pourrait informer, le cas échéant, la commission des manquements qu'elle aurait pu constater lors de l'intervention de médiateurs à l'occasion de leur pratique de l'ODR. En vertu de sa mission, la commission prendrait alors les sanctions qui s'imposent.
- La plate-forme pourrait diffuser auprès du public la liste des médiateurs agréés. A cet égard, la plate-forme constituerait un outil précieux de transparence et de promotion en matière de médiation, complétant ainsi l'une des missions de la commission qui est de dresser et de diffuser la liste des médiateurs auprès des cours et tribunaux.
- La plate-forme, de manière générale, pourrait enfin communiquer à la commission tous types d'informations, notamment d'ordre statistique, contribuant ainsi à l'évaluation permanente de ce secteur.

5.7 CONCLUSIONS

5.7.1 Quelques précisions sur la notion d'ODR

Il apparaît qu'une certaine confusion existe à propos de l'expression "*Online Dispute Resolution*" (ODR), dont nous avons constaté que chacun pouvait y voir une réalité différente. Nous profitons des observations accumulées au cours de l'élaboration du présent rapport pour définitivement faire la lumière sur ces termes. L'ODR, comme le souligne J. Hörnle, peut être défini de la manière suivante : "information technology and telecommunication (together referred to as online technology) applied to alternative dispute resolution"³⁵⁶.

Dit autrement, sous l'angle téléologique, l'ODR a vocation à appliquer les nouvelles technologies de l'information et de la communication à distance (TIC) aux modes traditionnels de résolution extrajudiciaire des litiges (tels que la négociation, la conciliation, la médiation ou encore l'arbitrage) ; la mise à disposition des différents avantages qu'offrent les TIC s'opérant grâce à une plate-forme technique gérée par un opérateur³⁵⁷.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ces précisions.

D'abord, elles permettent de se départir de l'idée que l'ODR ne sert qu'à résoudre des litiges nés sur Internet. Ce constat constitue véritablement une des lignes directrices du présent rapport. Il s'agit en effet de dépasser l'opposition stérile entre monde off line et on line, et par-là de prendre conscience que les nouvelles technologies peuvent servir la cause des modes alternatifs de résolution des litiges, quelle que soit la matière faisant l'objet de leur compétence.

⇒ *C'est dans cet esprit que nous avons proposé un modèle auquel peuvent être intégrés les différents organes d'ADR "traditionnels" existant sur le territoire belge.*

³⁵⁶ J. HÖRNLE, "Online Dispute Resolution - More Than The Emperor's New Clothes", *op. cit.*, p. 1.

³⁵⁷ Y. POULLET, "L'ODR au service de l'ADR : quelques réflexions en marge du colloque de Vienne", *Kollektiver Rechtsschutz*, 23 février 2005, p. 1.

Ensuite, l'utilisation des nouvelles technologies dans le cadre des modes alternatifs de résolution des litiges ne doit pas être envisagée sous un angle exclusif. En effet, une distinction malheureuse est souvent faite entre les processus de résolution entièrement conduits en ligne et ceux qui ne recourent que partiellement aux TIC. En pratique, il n'existe sans doute pas de distinction aussi tranchée. Selon nous, le concept d'ODR ne revêt pas un caractère monolithique ; il convient de l'interpréter dans un sens pluriel, comme reflétant plus une mixité de techniques et impliquant une variation de degrés. La tâche des prestataires appartenant à ce secteur est donc de choisir "the right mix of ODR techniques and traditional off-line dispute resolution techniques, appropriate to the dispute in question"³⁵⁸.

⇒ Cette observation nous permet d'une part de considérer l'ODR non comme un substitut aux ADR traditionnels mais comme une technique complémentaire, d'autre part, d'envisager une transition progressive des ADR traditionnels vers des processus de résolution en ligne.

Enfin, une compréhension plus juste de la notion d'ODR permet aussi d'évaluer, avec plus discernement et de distance, la mesure des changements susceptibles d'être engendrés par la technologie dans cette matière, comme nous le soulignerons dans nos recommandations.

5.7.2 Quelques remarques sur le cadre normatif en matière d'ODR

Toute réflexion juridique relative à la mise en œuvre d'un service d'ODR nécessite prioritairement d'identifier le cadre normatif en la matière. Or, à cette occasion, plusieurs difficultés peuvent être rencontrées : les unes tiennent à la nature "diffractée" du cadre normatif en la matière³⁵⁹, les autres au champ d'application de ce cadre normatif.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 2.

³⁵⁹ A cet égard, nous verrons qu'il convient de distinguer les textes portant spécifiquement sur les modes alternatifs de résolution des litiges de ceux qui s'y appliquent de manière incidente compte tenu des différentes caractéristiques inhérentes à cette activité (par exemple, la législation en matière de services de la société de l'information et de commerce électronique, de protection des données à caractère personnel, etc.).

5.7.2.1 Diffraction du cadre normatif

De manière générale, il convient de souligner à quel point le cadre normatif en matière de modes alternatifs de résolution des litiges revêt un caractère diffracté.

1. D'une part, cet aspect se manifeste au niveau de la multiplicité des sources susceptibles de servir de référence pour la mise en œuvre d'un service d'ODR. A l'heure actuelle, la diversité des textes visant spécifiquement à "réguler" les modes alternatifs de résolution des litiges est relativement considérable³⁶⁰. Nombre d'entre eux sont les résultats de travaux entrepris au sein d'organisations d'obédience privée, relevant tant de la sphère professionnelle que consumériste, à l'échelle nationale ou internationale. D'autres textes émanent, quant à eux, d'institutions publiques et notamment de l'Union européenne.

2. D'autre part, ce caractère diffracté se manifeste surtout au niveau de la nature des textes édictés, et ce notamment dans le cadre de l'Union européenne. A l'origine, les textes normatifs relatifs aux ADR émanant des institutions européennes ne revêtaient pas un caractère obligatoire ; les principes qui y étaient formulés n'avaient donc généralement valeur que de lignes directrices ou de simples recommandations. Cette caractéristique trahissait incontestablement une volonté politique déterminée en la matière : préserver la souplesse de des modes alternatifs de résolution des litiges en évitant toute réglementation trop stricte, ce qui laissait une marge de manœuvre importante lors de leur élaboration. Toutefois, cette démarche "souple" s'est révélée insuffisante pour assurer une pleine efficacité de ces processus de résolution. Hormis leur caractère non contraignant, notons en outre que ces textes normatifs n'étaient pas dépourvus d'ambiguïté ou n'abordaient pas certaines questions délicates par défaut de consensus politique. On notera, par exemple, que les recommandations européennes passent sous silence des questions aussi problématiques que l'exécution de l'accord conclu par les parties à l'issue du processus de résolution, les délais de prescription, etc.

Aujourd'hui, le cadre normatif a tendance à se complexifier ; par exemple, il convient désormais de tenir compte de la proposition de directive sur certains aspects de la médiation

³⁶⁰ Cfr. Rapport intermédiaire.

en matière civile et commerciale. En outre, parallèlement aux textes européens, il faut également, au niveau belge, se référer à la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation. A bien des égards, le législateur belge a, si ce n'est anticipé, du moins opéré selon la même logique que les institutions européennes en créant notamment une "médiation volontaire", à laquelle sont attachés deux effets majeurs : la suspension des délais de prescription et la possibilité d'homologation de l'accord à l'issue du processus de la médiation.

⇒ Dans le cadre de la création d'une plate-forme d'ODR, il convient dès lors de tenir compte de cette multiplicité de sources et de leur différence de nature. Plus particulièrement, il s'agit d'une part, d'opérer certains recoupements, d'autre part, d'y relever çà et là des principes et des règles susceptibles d'être obligatoirement intégrés au sein d'un modèle d'ODR dans la perspective d'aboutir à un cadre "régulatoire" complet et adéquat.

3. Enfin, nous terminons cette section en soulignant qu'un phénomène similaire de "diffraction" semble se développer, à un niveau plus global, lorsqu'on considère la problématique de l'accès à la justice et de la résolution des petits litiges : est ici visée la diffraction des voies pour résoudre un litige. Ce phénomène peut être illustré par la récente proposition de règlement du Parlement européen et du conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance (*small claims procedure*)³⁶¹. Cette proposition a pour objectif la mise sur pied d'une procédure judiciaire simplifiée pour la résolution des litiges de faibles montant, conçue de manière identique sur l'ensemble du territoire européen.

Bien que de nombreux observateurs s'accordent sur la complémentarité de cette procédure avec les processus alternatifs de résolution des litiges, cette complémentarité ne provoque pas

³⁶¹ Voy. proposition de règlement du 15 mars 2005 du Parlement européen et du conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance (European Small Claims Procedure), COM(2005) 87 final, 2005/0020 (COD), disponible en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/simplif_accelerat_procedures/simplif_accelerat_procedures_ec_fr_small_claims_1.pdf.

moins une démultiplication des voies de résolution pour le même type de litiges³⁶². En outre, force est de constater que cette démultiplication s'accompagne d'une complexification susceptible d'entraîner la confusion. En effet, à titre d'exemple, la loi du 21 février 2005 transforme la médiation en un processus hybride (la médiation dite "volontaire") et, de la sorte, brouille les frontières entre le conventionnel et le judiciaire.

⇒ *La complexification consubstantielle à cette démultiplication exigera de l'Etat qu'il éclaire les citoyens à cet égard et qu'il les forme à une "pratique diffractée" de la justice au sens large.*

5.7.2.2 Champ d'application du cadre normatif

Une autre difficulté a trait au champ d'application des textes normatifs s'appliquant aux modes alternatifs de résolution des litiges. En effet, ceux-ci ne traitent généralement pas de l'application de ces modes dans l'environnement numérique, alors qu'une littérature de plus en plus abondante existe à ce sujet. Si ce paradoxe témoigne assurément d'un certain immobilisme juridique à l'égard des pratiques émergentes³⁶³, il oblige à combler cette lacune normative en fournissant une réflexion prospective, condition indispensable à une application en ligne de ces mécanismes.

Cette nécessité apparaît de manière significative avec la nouvelle loi belge en matière de médiation qui prévoit un certain nombre d'exigences formelles dans le cadre de la médiation volontaire (p. ex., la signature et la datation de l'accord de médiation). Si l'encadrement légal

³⁶² Sur la différence de nature entre ces voies de résolution, voy. "Annexe : Avons-nous toujours besoin des ADR ?", in Y. POULLET, "L'ODR au service de l'ADR : quelques réflexions en marge du colloque de Vienne", *op. cit.*, p. 6. L'auteur souligne le fait que l'A/ODR est orienté vers la recherche d'une solution négociée (de type *win-win*) ; il ne se place donc pas sur le plan de la reconnaissance du droit, ne condamnant ni ne désignant celui qui est dans son droit.

³⁶³ En novembre 2001, TH. FENOULHET, alors membre de la DG société de l'information à la Commission européenne, annonçait la future publication d'une communication ciblant spécifiquement "la résolution des litiges en ligne impliquant la médiation" ; celle-ci n'a toujours pas vu le jour... Voy. "Introduction aux activités de résolution en ligne des litiges de la société de l'information dans le cadre européen", p. 4, disponible en ligne à l'adresse http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Fenoulhet_vf.pdf.

d'un mécanisme qui jusqu'alors était de nature purement consensuelle apporte des avantages précieux, il pose, comme nous l'avons souligné³⁶⁴, certaines difficultés lors de son application par voie électronique.

La mise en œuvre d'une plate-forme d'ODR passe donc par un questionnement sur les concepts d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique. Il s'agit ici d'énoncer les critères ou les conditions nécessaires pour que les formalités inhérentes au processus de résolution puissent en toute légalité remplir dans l'environnement numérique des fonctions équivalentes à celles qu'elles sont appelées à remplir dans l'univers "traditionnel".

Parallèlement, cette nécessité s'impose également lorsqu'on considère les textes légaux susceptibles de s'appliquer de manière incidente à un service d'ODR, notamment la législation en matière de services de la société de l'information et de signature électronique. Cet objectif a par ailleurs été mis en exergue par l'article 17 de la directive sur le commerce électronique. En pratique, il s'agit de surmonter certains obstacles comme l'identification des parties en litige, l'adhésion de celles-ci au processus d'ODR (protocole de médiation), la transmission des informations et des pièces relatives au litige ou encore la conclusion et la signature de l'accord conclu à l'issue du processus de résolution (accord de médiation), autant de questions qui comme telles ne se posent pas à l'occasion du "face-à-face" propre aux processus traditionnels.

⇒ Compte tenu de l'état actuel de la technique et des objectifs du présent projet, tout ceci nous amené à proposer une modification de la loi du 21 février 2005 pour la mise en œuvre d'une plate-forme d'ODR³⁶⁵. Une telle solution permettrait de prendre pleinement en considération la pratique de l'ODR et, ce faisant, de se conformer au prescrit de l'article 17 de la directive sur le commerce électronique.

De manière générale, il s'agirait de consacrer dans la loi la création d'une plate-forme technique dédiée aux modes alternatifs de résolution des litiges et placée sous l'égide du SPF économie auquel doit être reconnu un rôle majeur en la matière. En outre, cela offrirait

³⁶⁴ Voy. *supra*, p. 202 et s.

³⁶⁵ Voy. *supra*, p. 221.

l'opportunité d'articuler au mieux la plate-forme d'ODR avec la structure organisationnelle mise en place par loi du 21 février 2005.

5.7.3 Vers la confiance : quelques recommandations en matière d'ODR

La confiance, dans la matière qui nous occupe se décline sous la forme d'un double défi : encourager les citoyens à recourir aux modes alternatifs de résolution des litiges, et ce, dans l'environnement numérique. Cet objectif nécessite de mettre en œuvre une série de mesures visant à anticiper et surmonter les résistances des utilisateurs potentiels. A ce titre, nous formulons ici quelques recommandations à l'attention du gouvernement. Celles-ci sont divisées en 2 parties : la première porte sur l'organisation et la régulation d'une plate-forme d'ODR dans son ensemble et représente un point de vue que l'on peut qualifier de "macro-structurel" ; la seconde, quant à elle, vise plus particulièrement la qualité du processus de résolution et représente un point de vue "micro-structurel".

5.7.3.1 Point de vue "macro-structurel" : l'organisation de la plate-forme

5.7.3.1.1 *De la transparence de la plate-forme*

En tant que centre névralgique national en matière de résolution extra-judiciaire des litiges, la plate-forme devrait garantir aux usagers une transparence optimale. Il s'agit là d'une condition majeure de succès d'un tel projet. Il convient à cet égard d'accorder une attention toute particulière aux différentes sources normatives qui prévoient des dispositions concernant l'information des consommateurs et, plus largement des parties³⁶⁶.

D'un point de vue pratique, il convient dès lors de mettre en place au sein de la plate-forme des dispositifs organisationnels et techniques susceptibles de rendre la pratique de l'ODR suffisamment transparente aux yeux du public.

³⁶⁶ Voy. *supra*, p. 92 et s.

⇒ Cette exigence passe notamment par l'élaboration minutieuse du site web de la plate-forme où seront mises en évidence les informations qui sont les plus susceptibles d'intéresser les destinataires en ce qui concerne le processus de résolution.

En outre, pour susciter la confiance des utilisateurs potentiels de la plate-forme, il conviendrait de publier sur le site des informations relatives à la politique de la plate-forme en matière de sécurité et de protection des données à caractère personnel. De même, la publication des résultats et d'éléments statistiques relatifs au processus de résolution devrait, à tout le moins, être prévue afin d'évaluer la qualité des services offerts.

5.7.3.1.2 De la nécessité d'une approche globale de l'ODR

Il nous semble opportun de mettre à profit les nombreux avantages offerts par l'outil technologique afin de favoriser la résolution des litiges comprise dans un sens général, en dépassant les distinctions stériles entre mondes *off-line* et *on-line*. Il faut donc définitivement se départir de l'idée que l'ODR ne sert qu'à résoudre des conflits propres à l'environnement numérique.

⇒ A ce titre, il importe de s'appuyer sur la participation des organes d'ADR agissant traditionnellement *off line* sur le territoire belge. L'intégration de ces organes dans le contexte du présent projet répond principalement à la préoccupation d'éviter de faire table rase d'une série de structures déjà bien implantées dans le paysage des modes alternatifs de résolution des litiges. De manière générale, il s'agit de créer une plate-forme, agissant en réseau, qui aiguillerait les plaintes, le cas échéant, vers ces différents organes d'ADR.

L'intégration des organes d'ADR traditionnels au sein de la plate-forme pourrait se réaliser de manière progressive³⁶⁷. Il s'agit ici d'offrir à ces derniers l'opportunité de s'adapter à l'environnement numérique sans transition brutale, avec à terme, la perspective de voir leur processus de résolution entièrement conduit en ligne.

Dans cette perspective, il conviendrait de procéder à une étude comparative des différentes instances d'ADR à travers un examen approfondi de leurs règlements et pratiques en matière

³⁶⁷ Voy. *supra*, p. 118 et s.

de résolution des litiges afin, d'une part, de mesurer leur degré de conformité avec les exigences procédurales formulées dans les recommandations européennes, d'autre part de garantir la praticabilité de leurs standards procéduraux dans l'environnement numérique.

Il s'agit ici d'adapter les règlements de ces organes afin qu'ils ne fassent pas obstacle à l'utilisation des modes alternatifs de résolution traditionnels par voie électronique. Toutefois, au-delà des aspects d'ordre technique, cette possibilité nécessite de sensibiliser les organes responsables de ces différents ADR à l'intérêt de l'ODR et d'entreprendre des négociations afin de fixer les modalités concrètes de leur implication dans la plate-forme.

5.7.3.1.3 De la détermination du champ d'application de la plate-forme

Afin de permettre un développement sain et viable d'un service d'ODR, il convient d'être particulièrement attentif à la question de la délimitation du champ d'application du processus de résolution proposé³⁶⁸. De manière générale, nous voulons cependant mettre l'accent sur le fait que le champ d'application de la plate-forme ne doit pas d'emblée revêtir un caractère définitif. En effet, sur base de l'expérience accumulée et des diverses statistiques réunies cours de la mise en œuvre d'un tel service, une éventuelle adaptation progressive du champ d'application peut être envisagée.

De manière générale, il convient d'être particulièrement attentif aux questions suivantes :

- *la détermination du champ d'application matériel* : cette question est avant tout tributaire de facteurs économiques et financiers. En effet, en fonction des moyens mis à disposition de la plate-forme, celle-ci pourra appréhender telle ou telle sorte de litiges relatifs à des transactions en ligne ou hors ligne. De manière générale, ces litiges devront relever de la compétence du SPF Economie ; on vise ici particulièrement les litiges de consommation mais également les litiges en matière de propriété intellectuelle dont l'importance est aujourd'hui considérable. Cela dit, il apparaît cependant opportun d'écarter d'emblée certains types de litiges, soit parce qu'ils font déjà l'objet de règles légales en matière de médiation, soit parce qu'ils

³⁶⁸ Cfr. Rapport intermédiaire.

nécessitent la prise en compte de contraintes juridiques trop importantes, comme les conflits en matière familiale ou de contenus illicites.

En outre, en matière contractuelle, il serait opportun de fixer une limite concernant le montant des transactions, au-delà de laquelle la plate-forme ne connaîtrait pas du litige.

- *l'intégration du présent projet au sein du réseau extra-judiciaire européen ECC-Net* :
il convient d'intégrer la plate-forme au sein de ce réseau, et ce, dans sa double fonction. En ce qui concerne sa fonction d'information et de relais, il importe de tenir compte de l'existence de la "*clearing house*" belge. A cet égard, il conviendrait de déterminer les modalités de collaboration entre la plate-forme et cette institution, et ce d'autant plus, qu'à l'avenir, celle-ci ne se focalisera que sur la dimension transfrontière. En ce qui concerne sa fonction de résolution des litiges, la plate-forme devrait naturellement être mise sur le même pied que les autres organes d'ADR déjà notifiés dans le cadre des recommandations 98/257/CE et 2001/310/CE. A ce titre, elle devrait également faire l'objet de pareille notification afin d'être ajoutée à la base de données européenne prévue en matière d'ADR.
- *les modalités d'implication petites et moyennes entreprises au sein du présent projet* :
Si la prise en considération des PME dans le cadre d'un tel projet s'avère être une nécessité, elle peut cependant se décliner sous différentes modalités. Ainsi, lorsqu'un consommateur dépose une plainte à l'encontre d'une PME (*C to PME*), cette dernière devrait se voir offrir certaines facilités en termes de frais de participation au système proposé par la plate-forme. En outre, pourrait être également envisagée la possibilité pour une PME d'agir en tant que plaignant (*PME to B*). Dans ce cadre, celle-ci serait alors mise sur le même pied qu'un consommateur.

5.7.3.1.4 De la nécessité de distinguer nettement la plate-forme technique d'un panel de médiateurs

La diversité des opérations pour lesquelles une plainte peut être adressée à la plate-forme détruit l'idée selon laquelle un panel de médiateurs, interne à la plate-forme et donc nécessairement restreint, pourrait résoudre l'ensemble des conflits³⁶⁹.

⇒ Dans cette optique, il convient de privilégier une voie externe, c'est-à-dire le recours à des panels ou commissions de médiateurs dont l'existence est totalement indépendante de la plate-forme.

A cet effet, il importe de déterminer les modalités pratiques de collaboration entre plate-forme et collèges de médiateurs et de clarifier les rôles des différents protagonistes afin de déterminer l'institution compétente pour organiser un régime effectif de contrôle et de supervision des médiateurs.

5.7.3.1.5 Du recours à la labellisation : un régime à double vitesse

⇒ Il serait souhaitable de coupler un mécanisme d'ODR à un système de certification ou de labellisation. Nous préconisons donc d'instituer un système de labellisation (associé à un code de conduite), spécifique à la plate-forme³⁷⁰. De manière générale, l'association entre label et code de conduite permettrait de garantir une bonne administration de ce processus.

Dans ce contexte, il convient de se concentrer sur la rédaction d'un code de conduite, véritable clef de voûte du système :

- les professionnels : la solution prônée est d'établir un régime à double vitesse en ce qui concerne les effets contraignants du code de conduite. Ainsi, le respect de ce code de conduite serait uniquement obligatoire dans le chef du professionnel.

³⁶⁹ Voy. *supra*, p. 110 et s.

³⁷⁰ Voy. *supra*, p. 188 et s.

Dans cette optique, le code ferait partie intégrante des termes et conditions du contrat conclu entre l'administrateur de la plate-forme et le professionnel qui souscrit et utilise le système de résolution. De cette façon, plus qu'un simple instrument d'autorégulation, le code entrerait dans la sphère contractuelle et gagnerait ainsi en effectivité.

Ce code de conduite devrait prévoir un certain nombre de règles visant les obligations spécifiques incombant au professionnel qui souscrit à la plate-forme.

La plupart de ces règles auraient pour vocation de garantir un comportement loyal et diligent du professionnel au cours du processus de résolution. En outre, ledit code devrait prévoir l'application de sanctions en cas de manquements à certaines règles considérées comme essentielles.

- les consommateurs : il nous semble cependant crucial de faire en sorte – que ce soit dans la formulation des règles ou dans leur présentation – que certaines règles de conduite s'adressent indifféremment aux deux parties. En effet, au-delà de sa vocation explicative, le code contribuerait ainsi à faire prendre conscience aux consommateurs du sérieux de leur engagement dans le processus de résolution.

Cette observation nécessite cependant de penser avec méticulosité l'articulation des règles formulées à l'attention des parties dans le cadre du processus de résolution afin de tendre vers le plus de transparence possible. A cet effet, il serait peut-être opportun de prévoir différents instruments normatifs en fonction des objectifs poursuivis (un règlement général de procédure à destination des parties, distinct d'un code de conduite s'imposant aux professionnels), voire une rubrique destinée spécialement aux professionnels au sein du code de conduite.

- les ADR traditionnels : il s'agit également de penser l'articulation de système de labellisation (et spécialement du code de conduite) avec les standards procéduraux spécifiques déjà imposés aux professionnels par les différents règlements des organes

d'ADR de leurs secteurs respectifs³⁷¹. Cette question mérite d'être abordée dès lors que, dans l'esprit du présent projet, ces professionnels devraient également pouvoir bénéficier du label "ODR".

Dans cette perspective de cohérence, il importe dès lors que tous les professionnels, quel que soit le secteur auquel ils appartiennent, soient logés à la même enseigne sans créer de discrimination lors de l'octroi du label.

Cette exigence implique que les standards auxquels les professionnels doivent se soumettre pour obtenir le label doivent être sinon identiques, à tout le moins voisins. Il s'agit, par-là, non pas d'instaurer une procédure unifiée, mais de tendre vers un dénominateur commun en matière de garanties procédurales.

5.7.3.1.6 De l'indépendance et de la légitimité de la plate-forme

Du choix de la structure organisationnelle et financière de la plate-forme d'ODR dépend le degré de neutralité et donc de qualité du processus de résolution lui-même. Ainsi, pour assurer l'impartialité des actions sensibles – comme la gestion de la procédure, la désignation des médiateurs, le contrôle des parties au litige, etc. –, la plate-forme d'ODR doit s'entourer d'un certain nombre de garanties en termes de structure administrative et économique.

Parmi ces garanties, la question du financement de la plate-forme est assurément cruciale. Il s'agit notamment, de développer un *business model* idoine pour assurer une indépendance maximale afin notamment d'éviter que la personne responsable de la procédure ne soit soumise, dans l'exercice de ses fonctions, à des pressions directes ou indirectes qui pourraient influencer sa mission.

De même, la mise sur pied d'un comité de contrôle ou de surveillance au sein de la plate-forme, représentant de manière équilibrée les différentes parties intéressées, pourrait également constituer une garantie dans ce domaine.

³⁷¹ Voy. *supra*, p. 118 et s.

Enfin, il convient, de manière générale de garantir la légitimité des mécanismes de régulation et des activités inhérentes à la plate-forme (labellisation, élaboration du code de conduite, contrôle des professionnels, etc.).

5.7.3.2 Point de vue “micro-structurel” : la qualité du processus de résolution

5.7.3.2.1 D’un renversement de perspective : observations générales

Afin d’assurer une administration optimale du processus de résolution, il convient d’opérer un renversement de perspective. En effet, classiquement, ceux qui analysent les modes alternatifs de résolution des litiges s’attachent aux fonctions nobles de ces derniers, c’est-à-dire la recherche assistée par un tiers neutre d’une solution ou l’imposition par celui-ci d’une solution ; soit les fonctions de médiation, de conciliation, voire d’arbitrage.

Or, dans la pratique, il apparaît que ces fonctions s’appuient sur des mécanismes, peut-être moins singuliers mais bien plus fondamentaux, qui généralement suffisent à l’élaboration d’une solution. *En particulier, les mécanismes de formulation, de gestion des plaintes et de négociation constituent les premières étapes et bien souvent les seules du processus de résolution.*

5.7.3.2.2 D’un recours préalable aux services d’ “aide à la clientèle”

Dans le cadre d’une approche globale de la problématique de la résolution des litiges de consommation, il importe de mettre en place une série de “filtres”, situés en amont du processus de résolution proprement dit. A cet égard, il est opportun d’encourager les professionnels à créer au sein de leur entreprise un service d’aide à la clientèle ou à désigner, à tout le moins, une personne de contact chargée des réclamations³⁷².

Parallèlement, il convient de s’interroger plus avant sur la possibilité d’imposer au consommateur un recours systématique et obligatoire auprès du professionnel concerné, préalablement à la saisine de la plate-forme. A tout le moins, il nous semble important d’encourager le consommateur à suivre cette voie.

³⁷² Voy. *supra*, p. 79.

5.7.3.2.3 De la formulation et de la gestion des plaintes

La pratique révèle que la difficulté essentielle pour une partie non satisfaite est de formuler correctement sa plainte et de la décrire de manière telle que l'autre partie puisse facilement l'appréhender. Dans ce contexte, la question de la mise en œuvre d'un système efficace de formulation et de gestion de la plainte se pose avec une acuité particulière³⁷³.

La solution prônée est de développer des systèmes assistés d'un arbre de décision, et ce, en tenant compte de la diversité des secteurs : la description de la défectuosité d'un produit n'ayant rien à voir avec les problèmes rencontrés en matière de protection des données personnelles en cas de *spamming*. A propos de ces descriptions, il importe donc d'être attentif à l'intérêt d'une nomination des "motifs" de plainte. En outre, l'existence de formulaires normalisés permet leur traduction dans plusieurs langues.

En ce qui concerne la gestion des plaintes, le dépôt de celles-ci devrait faire l'objet d'une immatriculation lors de leur accusé de réception. Ainsi, la plate-forme devrait envoyer automatiquement au consommateur un message mentionnant la date de la réclamation et un numéro de référence unique. Ce numéro de référence permettra au plaignant d'accéder au site de la plate-forme pour suivre la progression de la réclamation et pour rapporter à la plate-forme n'importe quel problème.

5.7.3.2.4 Du passage par une phase de négociation

Le point 1 de cette section mettait en avant la nécessité de mieux prendre en considération une série de fonctions préalables à la médiation. Dans cette optique, nous avançons l'idée d'imposer au professionnel qui adhère au système de se soumettre à une phase de négociation, première étape d'un processus de résolution qui, comme la pratique le révèle souvent, suffit généralement à l'élaboration d'une solution³⁷⁴.

³⁷³ Voy. *supra*, p. 89.

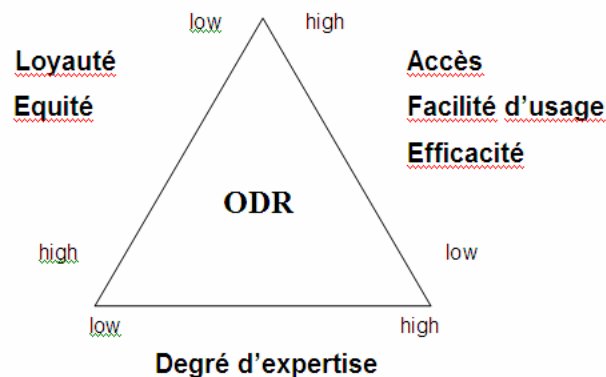
³⁷⁴ Voy. *supra*, p. 83.

L'intérêt de la mise en relation des parties et de leur négociation via les technologies offertes par la plate-forme justifierait même, nous semble-t-il qu'un tel mécanisme soit également utilisé comme phase préliminaire par les ADR traditionnels participant à la plate-forme, sans pour autant dénaturer la spécificité de leurs règlements respectifs.

5.7.3.2.5 De la qualité du processus de résolution

Dès lors que l'on veut faire des modes extrajudiciaires de résolution des litiges une alternative crédible au système judiciaire, il importe de garantir aux citoyens la qualité des processus de résolution qui leur sont proposés. Sans revenir ici sur les significations et les garanties associées à chacun de principes de qualité consacrés par les recommandations européennes en la matière, nous nous contenons, en guise de recommandation générale, d'illustrer sous la forme d'un schéma les principaux aspects auxquels il faut avoir égard pour assurer la qualité d'un processus d'ODR.

Cette exigence de qualité peut être schématisée sous la forme de la figure triangulaire suivante³⁷⁵ :



Les côtés de cette figure représentent les trois pôles suivants :

³⁷⁵ E. KATSH & J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution : Conflict Resolution in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 2001, cité par G. CHO, "E-DR will it work and what are the barriers?", University of Canberra, pp. 4-5, disponible en ligne à l'adresse <http://www.leadr.com.au/CHO.PDF>.

1. *l'accès, la facilité d'usage et l'efficacité du processus (access, convenience, ease of use)* : ces aspects renvoyant plus particulièrement à des questions relatives aux coûts, à la commodité (notamment le problème des langues), à la durée, etc.
2. *la loyauté et l'équité du processus (trust in fairness of the process)* : ces aspects concernant notamment des questions relatives à la transparence du processus, à la confidentialité, etc.
3. *le degré d'expertise offerts aux utilisateurs (degree of expertise delivered to users)* : ces aspects évoquant entre autres des questions relatives à l'impartialité et la compétence des médiateurs, à l'accompagnement des parties en litige, etc.

En fonction du niveau atteint par ces trois pôles, la figure du triangle est susceptible de subir certaines variations, faisant apparaître les forces et les faiblesses du processus d'ODR envisagé.

Un processus d'ODR *accessible, transparent, neutre et s'appuyant sur des médiateurs compétents*, voilà ce que nous croyons nécessaire au développement du marché des services en particulier mais pas uniquement électroniques en Belgique. Notre analyse n'avait d'autre ambition que de contribuer à cette mise en place.

6 ANALYSE ÉCONOMIQUE

Les modèles annexés à ce document permettent d'évaluer les coûts de mise en place d'un système d'ADR sur Internet. Ces modèles ont été réalisés en collaboration avec Vincent Tilman d'Eurochambres, expert en matière de médiation et d'arbitrage, qui a été impliqué dans plusieurs projets de plate-forme ODR au niveau européen.

Ces modèles sont construits de manière à laisser à l'utilisateur la possibilité de tester les conséquences financières de choix structurels dans la création d'un ODR. Le business model est donné pour une période de 5 années.

Afin de faciliter la modification des paramètres, un code de couleur est utilisé. Les chiffres en bleu sont des chiffres qui peuvent être modifiés. Les cellules contenant des chiffres en noir sont composées de formules automatiques. A chaque fois que l'utilisateur estime un paramètre non nécessaire, sa valeur sera égale à 0³⁷⁶.

6.1 DEUX MODÈLES

Le *modèle 1* repose sur l'hypothèse de la mise en place d'un secrétariat/plate-forme qui propose un service d'ADR à spécifier, en faisant appel à des médiateurs/arbitres ("facilitateurs") indépendants externes. Le facilitateur est nommé par les parties sur base d'une proposition multiple du secrétariat. L'indépendance est par conséquent garantie et permet un partenariat public-privé.

Le *modèle 2* repose sur l'hypothèse d'un ombudsman qui propose un service d'ADR à spécifier, sans faire appel à des médiateurs/arbitres indépendants externes. L'ombudsman est nommé pour une certaine période. Le partenariat public-privé semble plus difficile à justifier sans risques pour l'indépendance de l'ombudsman.

³⁷⁶ Par exemple s'il est décidé que l'iADR ne proposera que des services de négociation et d'évaluation, le nombre de médiation sera égal à 0% (cellule C30 du fichier XL).

6.2 EXPLICITATION DES MODÈLES

6.2.1 Les sources de revenus

Trois procédures différentes sont imaginées : la négociation, la médiation et l'évaluation. Chacune de ces procédures peut être facturée indépendamment. Il peut être décidé de facturer différemment le demandeur du défendeur. Il peut être décidé de facturer différemment les grands litiges des petits litiges ³⁷⁷.

Frais payés par le demandeur (consommateur)		
	<1000	>1000
Négociation	0,0 €	0,0 €
Médiation	50,0 €	80,0 €
Evaluation	50,0 €	80,0 €

Frais payés par le répondant (professionnel)		
	<1000	>1000
Négociation	0,0 €	0,0 €
Médiation	50,0 €	80,0 €
Evaluation	50,0 €	80,0 €

Ensuite on envisage le nombre de conflits adressés à l'ODR sur une période de 5 ans.

Nombre de cas soumis à l'ODR						
	2006	2007	2008	2009	2010	
Total	10	50	150	250	400	
Négociation	8	40	120	200	320	
Médiation	1	5	15	25	40	
Evaluation	1	5	15	25	40	

Une répartition des conflits se fait entre **la négociation, la médiation et l'évaluation**. Le modèle repose sur l'idée de l'escalade entre les différents modes de résolution de conflit : tout conflit est soumis au préalable à une phase de négociation assistée et lorsque la négociation n'aboutit pas, il est possible pour les parties de recourir à la médiation ou à l'arbitrage.

Proportion de conflits résolus au niveau	
Négociation	80%
Médiation	10%
Evaluation	10%

³⁷⁷ Le plafond proposé ici de 1000 € pour qualifier un litige de « petit » ou « grand » n'a pas d'influence sur le modèle. Ce plafond peut, par exemple, être levé à 2000 €.

Afin de permettre une différence de facturation entre des litiges de faible ou de moyenne importance, une variable est introduite.

Proportion de "petits" conflits/"grands" conflits	
<1000	50%
>1000	50%

Enfin, le modèle prévoit la possibilité de réduction pour les « sponsors » du système d'ODR. Il s'agit **d'entreprise partenaires** qui bénéficieraient d'un label géré par le service (voir infra.).

Réduction golden sponsors	
Réduction	20%
% conflits * sponsors	20%
% conflits * non sponsor	80%

Il est possible que la plate-forme d'iADR soit constituée sous forme d'un **guichet unique de l'ADR** en Belgique. Cette plate-forme réoriente la demande vers l'organisation la plus appropriée. Le modèle développé permet de facturer ce service aux ADR auxquels sont renvoyées les demandes. On envisage la possibilité également d'un partage des frais de marketing, considérant qu'un marketing pour les systèmes d'ADR bénéficie à l'ensemble du secteur. A ce stade, aucun frais de renvoi n'a été comptabilisé.

Frais de renvois/plainte	
Frais de renvois/plainte	0,0 €

Il est possible d'introduire des variables pour la **facturation de formations** liées à l'ADR. La formation aux méthodes d'ADR est une activité en soi. Il faut tenir compte qu'il existe déjà en Belgique un certain nombre de formations proposées dans ce secteur. A ce stade, cette activité est mentionnée pour mémoire mais n'entre pas en compte dans les résultats.

Frais formation plate-forme/médiateur	
	0,0 €

Le modèle prévoit la possibilité **d'interventions publiques**, sous forme d'enveloppe budgétaire annuelle. Dans ce cas, nous avons retenu un montant forfaitaire de 65.000€.

Subside public					
	2006	2007	2008	2009	2010
	65.000,0 €	65.000,0 €	65.000,0 €	65.000,0 €	65.000,0 €

Le modèle permet de prévoir un financement privé sous forme de **sponsoring**. Ce financement peut aussi anticiper la création d'un label rendant publique une politique de l'entreprise à favoriser les modes alternatifs de résolution des conflits.

Type de sponsors	
Silver sponsor	200,0 €
Golden sponsor	1.000,0 €

Le modèle rend possible des sponsorings pour des montants différents, liés à un service/statut différent.

Nombre de sponsors					
	2006	2007	2008	2009	2010
Silver sponsor	0	5	7	10	11
Golden sponsor	0	2	4	4	5

6.2.2 Les sources de coûts

Le modèle permet de faire la différence entre du **personnel** engagé à long terme et des consultants extérieurs engagés pour la durée d'une médiation. Il est possible de faire varier le coût des employés en fonction du type de contrat (temps plein/temps partiel) et du coût salarial.

Le personnel permanent est composé d'un directeur (Secrétaire Général) et d'un employé administratif (case officer).

Ressources humaines / temps plein	
Secrétaire Général	70.000,0 €
Case officer	30.000,0 €

Ces ressources humaines ne sont pas forcément affectées au projet à plein temps.

Contrats					
	2006	2007	2008	2009	2010
Secrétaire Général	50%	100%	60%	60%	60%
Case officer	0%	0%	50%	50%	50%

Le modèle 1 prévoit que la médiation sera faite par des médiateurs extérieurs. Son coût est considéré par prestation (médiation ou évaluation). Une différenciation de rémunération du médiateur est possible en fonction de la valeur du conflit.

Outsourcing ressources humaines		
	<1000	>1000
Médiateur/cas	80,0 €	120,0 €
Evaluateur/cas	80,0 €	120,0 €

Le modèle 2 prévoit que la médiation sera faite en interne par l'ombudsman.

Le modèle prévoit des **frais de bureaux** constitués de location de bureaux, de matériel informatique, de communications, de fournitures, de déplacements.

Frais de bureaux					
	2006	2007	2008	2009	2010
Location bureaux	500,0	1.100,0	1.200,0	1.300,0	1.400,0
Matériel informatique	1.500,0	500,0	1.500,0	500,0	500,0
Communication	1.000,0	2.000,0	2.500,0	2.500,0	2.500,0
Fournitures	1.000,0	500,0	800,0	800,0	800,0
Déplacements	500,0	500,0	500,0	500,0	500,0

Le modèle prévoit des frais liés à la création ou à l'adaptation d'une plate-forme open source (customisation). Il faut prévoir en outre des frais d'hébergement (sécurisé), d'éventuelles redevances pour installations multiples, de maintenance du système et éventuellement des mises à jour.

Frais de la plate-forme technique					
	2006	2007	2008	2009	2010
Achat	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €
Customization	2.500,0 €	0,0 €	1.000,0 €	0,0 €	0,0 €
Hosting/sécurité	600,0 €	800,0 €	1.000,0 €	1.200,0 €	1.500,0 €
Redevances installation multiple	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €
Maintenance	0,0 €	500,0 €	600,0 €	700,0 €	800,0 €
Prix d'une mise à jour logicielle	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €

Les frais inhérents au **payement électronique** varient en fonction du système retenu. Ici, nous avons retenu le système de payement par carte de crédit qui prévoit des frais d'installation du système et un pourcentage sur la transaction. Il existe des alternatives à ce système.

Frais de payement en ligne	
Installation système	0,0 €
Par transaction	0,62 €
	2,25%

Le modèle prévoit des coûts de marketing pour l'organisation de conférence de presse, conception de la brochure, publicités sur différents supports multimédia (Internet, presse écrite, radio, télévision). Comme le SPF gère habituellement cet aspect, nous avons limité le développement de ce poste.

Frais de marketing					
	2006	2007	2008	2009	2010
Conférence de presse	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €
Brochures	2.000,0 €	1.000,0 €	1.000,0 €	2.000,0 €	1.000,0 €
Pub internet	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €
Pub presse écrite	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €
Pub radio	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €
Pub télévision	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €

Le modèle prévoit quelques frais divers comme pour la **formation du personnel** ou pour des **assurances**. En fonction de la structure de l'organisation, certains frais peuvent y être ajoutés.

Divers					
	2006	2007	2008	2009	2010
Formation personnel	1.000,0 €	500,0 €	1.500,0 €	800,0 €	800,0 €
Assurances	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €

Enfin, le modèle prévoit une provision pour des **frais non prévus** sous forme d'un pourcentage du total des coûts de la plate-forme.

Overheads	
Pourcentage total coûts	10%

6.2.3 Les entrées

Basée sur les valeurs déterminées au niveau des hypothèses, cette page détermine les entrées sur 5 années.

Entrées	2006	2007	2008	2009	2010
Services ODR	254,8 €	1.274,0 €	3.822,0 €	6.370,0 €	10.192,0 €
Négociation <1000€	0	0	0	0	0
Négociation >1000€	0	0	0	0	0
Médiation <1000€	49	245	735	1225	1960
Médiation >1000€	78,4	392	1176	1960	3136
Evaluation <1000€	49	245	735	1225	1960
Evaluation >1000€	78,4	392	1176	1960	3136
Service de répartition	0,0 €	50,0 €	100,0 €	150,0 €	200,0 €
Formation	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €
Subside public	65.000,0 €	65.000,0 €	65.000,0 €	65.000,0 €	65.000,0 €
Sponsoring privé	0,0 €	3.000,0 €	5.400,0 €	6.000,0 €	7.200,0 €
Silver sponsor	0	1000	1400	2000	2200
Golden sponsor	0	2000	4000	4000	5000
Publicité	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €	0,0 €
Total entrées	65.254,8 €	69.324,0 €	74.322,0 €	77.520,0 €	82.592,0 €

4. Les sorties

Basée sur les valeurs déterminées au niveau des hypothèses, cette page détermine les sorties sur 5 années.

Sorties	2006	2007	2008	2009	2010
Frais administration	35.200,0 €	71.000,0 €	60.000,0 €	62.000,0 €	65.000,0 €
Secrétaire Général	35000	70000	42000	42000	42000
Case officer	0	0	15000	15000	15000
Médiateurs	100	500	1500	2500	4000
Evaluateurs	100	500	1500	2500	4000
Frais de bureaux	4.500,0 €	4.600,0 €	6.500,0 €	5.600,0 €	5.700,0 €
Frais de la plate-forme technique	3.100,0 €	1.300,0 €	2.600,0 €	1.900,0 €	2.300,0 €
Frais de payment en ligne	8,2 €	41,1 €	123,2 €	205,3 €	328,5 €
Frais de marketing	3.000,0 €	1.000,0 €	2.000,0 €	2.000,0 €	2.000,0 €
Divers	1.000,0 €	500,0 €	1.500,0 €	800,0 €	800,0 €
Overheads	4.680,8 €	7.844,1 €	7.272,3 €	7.250,5 €	7.612,9 €
Total sorties	51.489,0 €	86.285,2 €	79.995,5 €	79.755,9 €	83.741,4 €

5. La balance

Cette page fait la balance des entrées et sorties sur une période de 5 ans. Elle calcule également les résultats cumulés.

Balance	2006	2007	2008	2009	2010
Total entrées	65.254,8 €	69.324,0 €	74.322,0 €	77.520,0 €	82.592,0 €
Total sorties	51.489,0 €	86.285,2 €	79.995,5 €	79.755,9 €	83.741,4 €
Balance par exercice	13.765,8 €	-16.961,2 €	-5.673,5 €	-2.235,9 €	-1.149,4 €
Résultat cumulé	13.765,8 €	-3.195,4 €	-8.868,9 €	-11.104,8 €	-12.254,1 €

6.3 CONCLUSIONS

Les modèles que nous proposons sont ouverts et évolutifs. Cela signifie qu'ils intègrent diverses orientations et options envisageables selon les choix politiques du SPF. A ce stade, à défaut de choix précis ou à défaut d'orientations, il est assez difficile d'établir un plan financier précis. Il n'en demeure pas moins que les modèles proposés permettent de mettre en évidence certains enjeux et les implications qui en découlent. En particulier, les revenus directs liés aux services ADR, quel que soit la politique de prix appliquée, ne seront jamais que marginaux par rapport au coût total de la plate-forme. Ce service n'est donc pas rentable en tant que tel. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que de telles plates-formes subsistent grâce au soutien financier des pouvoirs publics.

6.4 LE TABLEAU DE BORD

Lors de notre étude sur les ADR nous avons mis en évidence le manque de données objectives relatives aux activités des services offerts. Certes, si les ADR comptabilisent le nombre de dossiers reçus et traités, il est plus rare de trouver des chiffres sur la durée moyenne des procédures, le montant des litiges, la satisfaction des usagers, etc.

Avant d'aborder le cas spécifique des ODR, envisageons la question sous l'angle plus général des ADR.

6.4.1 Mesures de performance des ADR

De manière très schématique les systèmes d'évaluation de la performance appréhendent la problématique au moins selon un des trois points de vue suivants :

- Les parties à la cause;
- L'organisation (ADR);
- La Société.

Au niveau de l'utilisateur on s'intéresse d'abord à la manière dont il perçoit l'ADR (efficacité, équité, impact, ...). Le niveau organisationnel porte plus spécifiquement sur la manière dont le service est rendu. Il s'agit dans ce cas à la fois de l'usage des ressources humaines, technique et financière autrement dit de l'efficacité organisationnelle. Enfin, la dimension sociétale, vise à évaluer l'intérêt pour la Société de recourir à une telle formule.

En guise d'illustration, nous souhaitons mettre en évidence les travaux de l' « Evaluation Subgroup of the Dispute Systems Design Working Group³⁷⁸ » qui dès 1993 proposa une structure d'évaluation assez complète au travers de quelques critères principaux :

- **Efficienne** (efficiency)

Il s'agit à ce niveau d'évaluer les résultats de l'ADR par rapport aux objectifs et aux ressources allouées. Invariablement, il y a tentative de comparer **les coûts** engendrés par les litiges gérés de manière traditionnelle versus un conflit administré de manière « alternative » et ce pour les parties mais également pour les initiateurs du projet (ex. pouvoirs publics). Au delà de cette dimension financière, d'autres éléments sont pris en compte, exemple : l'impact de l'ADR sur le **délai** de résolution du conflit.

- **Efficacité** (Effectiveness)

On fait référence ici à la dimension quantitative du système mis en place. Il s'agit tout à la fois de comparer le nombre de cas traités de manière usuelle avec ceux gérés au travers des ADR. Cela peut également donner lieu à l'analyse d'éléments tels que les résultats par mode de résolution, la proportion d'accord à l'amiable, l'impact sur la propension à introduire une plainte, etc.

- **Satisfaction des utilisateurs** dont les dimensions appréhendées à ce niveau sont :

- **la satisfaction** avec le processus en tant que tel (équité de la procédure), le caractère approprié de la procédure au cas traité, l'utilité de l'ADR dans la résolution du litige, l'impression de maîtriser le processus, etc.
- **L'impact sur les relations entre les parties** (amélioration ou détérioration des rapport entre les parties).
- **La satisfaction par rapport aux résultats.**

³⁷⁸ Dispute Systems Design Working Group; "PERFORMANCE INDICATORS FOR ADR PROGRAM EVALUATION", Administrative Conference of the United States, 1993.

- **L'organisation du programme** dont l'analyse vise à regarder l'adéquation du système avec les législations en vigueur, la formation du personnel, le management, etc.
- **Le service** qui intègre des éléments tels que la notoriété du système et la bonne compréhension des mécanismes sous-jacents par les usagers (potentiels).
- **La qualité** vise à appréhender la perception des usagers quant : aux aptitudes du personnel (ex. médiateurs) à délivrer un service de qualité, à la neutralité et l'objectivité des tiers médiateurs,...

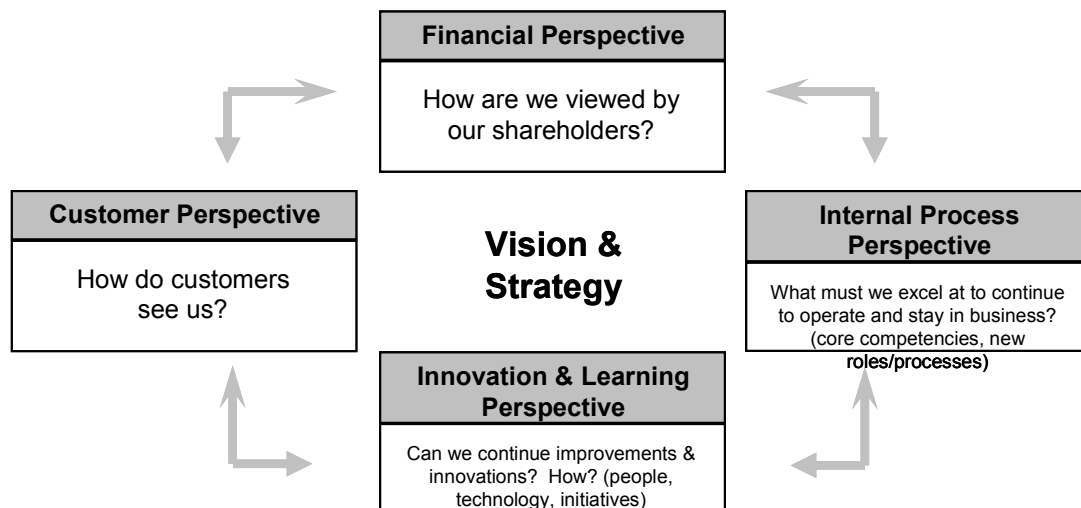
6.4.2 Vers un système d'évaluation spécifique aux ODR

Dans le cadre de cette étude, nous souhaitons proposer un tableau de bord qui pourrait éclairer les gestionnaires mais également les contributeurs de la plate-forme.

Notre proposition de modèle se base sur le Balanced Scorecard (BSC) tel qu'il a été proposé par Robert Kaplan et David Norton dans leurs nombreux ouvrages³⁷⁹.

Ce modèle présente l'avantage d'être axé sur la performance des organisations à long terme. Cela signifie que la composante financière n'est pas le seul indicateur étudié. Très schématiquement, la philosophie du modèle repose sur une sorte d'équation vertueuse par laquelle une entreprise qui investit dans la recherche (Innovation & Learning change) améliore ses processus internes (Internal process), ce qui aura pour effet de satisfaire les clients et de les fidéliser (customer perspective) ce qui in fine permettra de combler les actionnaires.

³⁷⁹ Robert Kaplan David Norton, « Le tableau de bord Prospectif », *Editions d'organisation*, 2003
 Robert S. Kaplan , David P. Norton, *Comment utiliser le tableau de bord prospectif*, Editions d'Organisation, 2001, ...



Moyennant modifications, le modèle est aujourd'hui utilisé dans des secteurs d'activités très variés (ex. les hôpitaux), mais également pour évaluer des fonctions verticales (ex. les services informatiques).

Notre proposition de tableau de bord s'inscrit donc pleinement dans cette approche. Une précision importante, il y aura lieu de choisir en fonction des choix stratégiques les indicateurs les plus révélateurs. En effet, pour être effectif les éléments mesurés doivent être pertinents mais également limités en nombre.

6.4.3 Perspective « financière »

Cette dimension relève, dans notre cas, à la fois de la comptabilité analytique et du contrôle de gestion. Il s'agit de suivre activement l'évolution des recettes et des dépenses. Par conséquent, nous renvoyons le lecteur au plan financier.

6.4.4 Perspective « clients »

Plutôt que de parler de clients, nous parlerons dans le cas des ODR d'utilisateurs. Dans notre contexte nous voyons trois types d'utilisateurs distincts :

- Les parties impliquées dans le litige ;
- Le marchand (dans le cas de la mise en place d'un label);
- Les ADR.

Pour **les parties impliquées dans le litige** nous estimons essentiel d'enregistrer au moins les éléments suivants :

- Nombre total de litiges par période (ex. mois/année) et par type (ADR/ODR) ;
- Les données du litige (langues des usagers, dates, le montant du litige...);
- La nature du litige (codification nécessaire) ;
- Le secteur ;
- L'issue du litige ;
- La satisfaction par rapport à :
 - o La procédure (fonctionnement, sentiment de neutralité et de justice, ...)
 - o L'issue ;
 - o La durée ;
 - o L'interface,

Le marchand labellisé

Dans le cas où les services de l'ODR seraient accompagnés d'un label, nous recommandons de suivre les indicateurs suivants :

- Nombre d'entreprises membres ;
- Nombre de litiges liés aux entreprises labellisées ;
- Nombre d'octrois et de retraits du label pour l'année écoulée ;
- Satisfaction des membres (par la réalisation d'une enquête de satisfaction annuelle).

Les ADR

- Si la plate-forme constitue un portail pour les ADR traditionnels, il serait intéressant d'enregistrer le nombre de requêtes transférées vers les ADR spécifiques.

6.4.5 La perspective « processus internes »

La prise en compte des processus internes doit permettre d'évaluer l'efficacité du service offert. L'analyse des indicateurs peut être révélateur de problèmes de gestion et cela par rapport aux orientations stratégiques.

- Durée moyenne de la procédure ;
- Pourcentage de nouveaux dossiers traités par la négociation assistée ou par la médiation ou par l'arbitrage (données agrégées et individualisées par arbitre/médiateur).
- Nombre de dossiers pour lesquels une solution n'a pas été trouvée.
- Notoriété et efficacité du référencement de la plate-forme sur base d'une liste de mots clés prédéfinis ;
- Nombre de litiges traités par médiateur/arbitre ;
- Critères informatiques liés à la plate-forme sur Internet (ex : taux de disponibilité), etc.

6.4.6 La perspective « Recherche/Développement »

L'idée sous-jacente est d'assurer une efficacité à long terme. Pour ce faire, nous jugeons utile d'orienter les mesures vers le personnel et la qualité de la plate-forme :

- Tout site Internet doit faire l'objet d'une évaluation régulière quant à son ergonomie et être adapté en conséquence.
- Il est essentiel que les médiateurs et négociateurs soient formés aux techniques de médiation/arbitrage mais de plus, ceux-ci doivent aussi suivre les évolutions tant législatives que dans leur domaine de spécialisation.

7 CONCLUSIONS TECHNIQUES

7.1 L'ANALYSE

Nous avons analysé en ce début 2006 les plates-formes ODR en fonction sur le net. Beaucoup d'initiatives ont été avortées mais restent en ligne. La façade du système laisse souvent croire qu'il existe encore quelque chose d'actif derrière, mais la réalité le dément. Il suffit de vouloir introduire une plainte pour s'en rendre compte.

Néanmoins, pour celles qui restent et qui fonctionnent, nous avons tenté de rencontrer les différents critères décrits lors du rapport intermédiaire. Le résultat est contenu dans la matrice de comparaison ci-jointe en annexe. Quand cela était possible ou déductible à partir du site web, nous avons coché par un "V" les propriétés présentes, par un "X" les propriétés absentes et par un "?" quand il n'était manifestement pas facile de déduire quoi que ce soit.

Une partie de l'analyse est évidemment liée à l'utilisation réelle du système, mais attention, ce n'est pas parce qu'un système est peu ou pas utilisé qu'il est mal conçu !

Dans le cadre de cette étude, nous sommes conscients qu'il n'était pas possible de trancher quant aux "critères liés à la politique à adopter" et donc il n'y a pas ou peu de réponses pour ces critères. Ils n'ont donc pas fait l'objet d'une étude approfondie. De même, l'analyse du coût lié aux différentes plates-formes ne relevant pas de l'étude technique, nous n'avons donc pas non plus cherché à rencontrer ces critères.

Nous avons ajouté un critère de pertinence des plates-formes lié à la date apparente de dernière mise à jour parce que celles qui ne sont plus maintenues du point de vue technique augmentent d'autant le risque de ne pas convenir.

Enfin, nous avons rejeté un certain nombre de plates-formes en fonction, le plus souvent parce qu'elles semblaient trop embryonnaires, pas assez utilisées pour en retirer une certaine confiance quant aux possibilités.

7.2 NOS CONCLUSIONS

Les initiatives à mettre en avant :

- Camera Arbitrale di Milano
- American Arbitration Association (dont la plate-forme est « The virtual Magistrate »)
- CyberSettle
- Ecodir
- Médiateur du Net
- ODRWorld
- Squaretrade (e-Bay)
- The Claim Room - The Mediation room
- WorkPlace Mediation
- The Virtual Magistrate

Parmi ces 10 prestataires, deux seulement laissent apparaître l'envie de "distribution" d'un produit réellement fini. Il s'agit de "The Virtual Magistrate" et de "WorkPlace Mediation".

La réalisation d'un système d'encodage est relativement facile et tous le propose (c'est un minimum pour pouvoir gérer un dossier sous forme électronique). Il s'agit d'un système de bases de données (souvent ASP-SQL server ou PHP-MySQL) avec un applicatif de construction dynamique de pages web. Une certification d'identité est par contre présentée assez rarement dans les systèmes mis en place. Mais il ne nous semble pas que ce soit lié à une quelconque difficulté technique, mais plutôt à une philosophie voulue des systèmes mis en place.

De manière générale, la création d'une plate-forme d'ODR ne soulève pas de réelles difficultés d'un point de vue technique ; la principale difficulté étant surtout de définir ce que l'on veut réellement mettre œuvre. Un système fréquemment employé tel que SquareTrade (e-Bay) a un niveau de fiabilité éprouvé. Néanmoins, il n'est pas certain qu'il rencontrerait directement les attentes que l'on pourrait avoir dans le cadre du présent projet.

Finalement, n'importe quelle plate-forme CMS pourrait convenir pour réaliser un système d'ODR. Ce qu'il faut, c'est une équipe de développement pour réaliser l'application. Si cette équipe n'existe pas, nous ne voyons a priori que deux prestataires potentiels : "WorkPlace Mediation" et celui qui a réalisé la "Camera Arbitrale di Milano".

8 LA PROMOTION

Si le service devait être hébergé par le SPF Economie, il devra se conformer aux règles et usages en matière de communication du SPF et du gouvernement fédéral. Dans le cas contraire, une plus grande latitude d'actions s'ouvre à l'ODR.

Quoiqu'il en soit, nous avons repris ci-dessous les vecteurs de promotion qui semblent envisageables quant à une promotion efficace et variée de la plate-forme.

Toutefois, ce plan de communication dépendra in fine des options choisies : ODR pour le commerce électronique, ODR pour les problèmes résiduels des ADR existants et/ou point d'information centralisé sur les ADR/ODR.

Concrètement nous avons identifié 4 phases cruciales pour assurer la notoriété du système :

- Avant le lancement du site ;
- Lancement du site ;
- En phase de production ;
- Au moment opportun.

Ce schéma présente l'avantage de dépasser une promotion vue essentiellement par le média, que celui-ci soit off ou on line. Ce schéma est basé sur le phasage du projet, sa dynamique propre plus que sur les distinctions classiques on-line/off-line du média.

De plus, il conjugue deux paramètres essentiels à notre problématique : jouer à la fois sur la notoriété et l'accès à l'ODR au moment opportun. Nous nous permettons d'insister particulièrement sur ces deux points, vus que ce sont ces éléments qui font actuellement défaut en matière de perception des ADR. Qui plus est, cette politique de communication, utilisée de manière judicieuse, débouchera sur l'adhésion voire une sorte de partenariat entre l'ODR et ses usagers à long terme.

8.1 PHASE 1 : AVANT LE LANCEMENT DU SITE

Avant le lancement du site, il convient de faire adhérer l'ensemble des différents acteurs impliqués directement dans la plate-forme. Ainsi, si l'orientation choisie intègre la problématique du commerce électronique, il conviendra de « recruter » des sites commerciaux partenaires qui le cas échéant, seront détenteurs d'un label. Dans la perspective de la création d'un centre d'information centralisé sur les ADR belges et transfrontaliers, il faudra mettre ces acteurs autour de la table pour décider d'un référencement croisé (maillage) et d'une politique commune de communication.

Le site devra disposer d'une ou plusieurs adresses Internet (URL) en rapport avec l'activité et faciles à retenir. Il n'est pas nécessaire d'avoir une adresse unique pour les trois langues nationales.

A ce stade, nous ne faisons pas de recommandations en termes de noms pour la plate-forme car cela dépendra des options choisies et de la disponibilité de ces adresses au moment de la réservation auprès de DNS.be.

Une fois l'adresse Internet choisie, il conviendra de la faire référencer dans les annuaires et moteurs de recherche. Nous pouvons également envisager l'achat de mots-clés sur Google afin de s'assurer d'une présence optimale quand l'utilisateur effectue une recherche sur des termes tels que : litiges, conflit, médiation, ...

Phase 2 : le lancement du site (et du label si option retenue)

Cette phase correspond à la mise en ligne du site et la communication s'y apparente à une campagne de relations publiques visant à faire connaître ce nouveau système auprès du grand public mais également auprès des leaders d'opinions que sont la presse, les organismes de défense des consommateurs et des PME, les travailleurs sociaux

Communication autour du lancement du site via les moyens traditionnels que sont les conférences et communiqués de presse, une présence dans les médias audio-visuels et dans la presse généraliste.

Nous pensons qu'à ce stade, une présence sous forme de folder ou dépliant à distribuer via des relais comme la Poste et les services sociaux (CPAS, mutuelles...) peut être un plus.

De plus, mettre en valeur les réseaux de communications privilégiés des partenaires pour diffuser l'information (interviews radio-tv, publications spécialisées comme Test-Achats, Inside Internet, présence dans des newsletters...) n'est pas à négliger.

Dans l'optique d'un ODR pour le commerce électronique, une campagne de *bannering* semble incontournable.

Phase 3 : implication et adhésion des usagers

Nous avons constaté dans notre étude des ADR/ODR que peu de systèmes disposent d'informations sur la satisfaction des parties impliquées. C'est pourquoi nous recommandons à la plate-forme un envoi systématique d'un formulaire d'évaluation qui porterait tout à la fois sur l'issue du litige mais également sur le processus déployé ainsi que sur des aspects périphériques comme la promotion par exemple.

A tout moment le visiteur du site devrait pouvoir le recommander à une connaissance via l'envoi d'un e-mail de type « X. vous recommande le site ODR ».

Phase 4 : Actions spécifiques

Il nous semble opportun d'être particulièrement présent lors d'événements comme les fêtes de fin d'années, les rentrées scolaires, fêtes diverses (St Valentin, communions...) dont on sait qu'ils génèrent un surcroît important de transactions et particulièrement en ligne.

Quant à l'internaute nous pouvons envisager de lui proposer de s'inscrire dans une mailing liste pour être tenu au courant des dernières nouveautés et évolutions du service.

De manière récurrente, il convient de communiquer sur les activités de la plate-forme.

9 SYNTHÈSE ET RECOMMANDATIONS

Un environnement complexe ...

Force est de constater qu'aujourd'hui une multitude de voies de résolution de litiges possibles existe. Pour un même type de litige nous pouvons avoir recours à des solutions judiciaires (voir le futur règlement sur les european small claims) et extrajudiciaires.

Notons en parallèle que le cadre normatif en matière d'ADR a tendance à se complexifier : il se constitue d'une part de règles souples comme les recommandations européennes et d'autre part de règles plus contraignantes comme la proposition de directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et, au niveau belge, la loi du 21 février 2005 modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation.

La complexification consubstantielle à cette démultiplication des voies de recours et de normes exige de l'Etat qu'il éclaire les citoyens et qu'il les forme à une « pratique diffractée » de la justice. Dans ce contexte, il nous semble également primordial d'offrir aux acteurs économiques une source d'information unique (par exemple un portail Internet) afin de garantir une transparence optimale en la matière.

Le commerce électronique, un secteur prioritaire...

Notre analyse des ODR existants montre qu'en Europe les systèmes les plus fonctionnels traitent prioritairement des litiges du commerce électronique. Etant donné qu'en Belgique il n'existe pas de mode alternatif de litiges en la matière, il nous semble que cela pourrait constituer un test intéressant à de multiples égards. Le litige est né sur Internet, les parties sont à priori familiarisées à l'utilisation de la technologie, et surtout que le marché du commerce en ligne est en progression constante.

Les avantages de la technologie : une démarche évolutive...

A terme, nous aimerions toutefois insister sur l'intérêt de tirer profit des avantages des TIC pour résoudre toutes sortes de litiges. Il s'agit ici de dépasser les distinctions entre mondes offline et online et d'utiliser une plate-forme technique gérée par un opérateur pour servir la cause des modes alternatifs de gestion des litiges de manière efficace. C'est dans cet esprit que nous avons proposé un modèle auquel pourraient être intégrés progressivement les différents organes d'ADR existants sur le territoire belge.

Soulignons au passage que la loi du 21 février 2005 vient quelque peu contrarier l'application en ligne de la médiation. En pratique, il s'agit de surmonter certains obstacles comme l'identification des parties en litige, l'adhésion de celles-ci au processus d'ODR (protocole de médiation), la conclusion et la signature de l'accord conclu à l'issue du processus de résolution (accord de médiation). Ces différents obstacles nous ont amené à proposer une modification de la loi du 21 février 2005 pour la mise en œuvre d'une plate-forme d'ODR. Une telle solution permettrait de prendre pleinement en considération la pratique de l'ODR et, ce faisant, de se conformer au prescrit de l'article 17 de la directive sur le commerce électronique. Ce dernier encourage en effet, les Etats membres à lever les obstacles concernant la résolution des litiges par voie électronique. De manière générale, il s'agirait donc de consacrer dans la loi la création d'une plate-forme technique dédiée aux modes alternatifs de résolution des litiges et placée sous l'égide du SPF économie auquel doit être reconnu un rôle majeur en la matière. En outre, cela offrirait l'opportunité d'articuler au mieux la plate-forme d'ODR avec la structure organisationnelle mise en place par loi du 21 février 2005.

Le triangle de la confiance : ODR – Label - Code de conduite...

En plus des critères usuels de qualité que sont l'ergonomie, la rapidité, la fiabilité, il nous semble important de coupler un mécanisme d'ODR à un système de labellisation, qui lui-même reposerait sur un code de bonnes conduites.

Au-delà de la problématique de l'exécution de l'accord de la médiation (en partie résolue par la loi du 21 février 2005 via la procédure d'homologation), il apparaît primordial d'avoir recours à un label pour garantir, de manière générale, la bonne administration du processus : loyauté et diligence des parties, participation de bonne foi au processus, formalisation de l'engagement des parties en conflit etc.

Les filtres préalables...

Nous attirons l'attention du lecteur sur la nécessité d'opérer un renversement de perspective en matière de mode alternatif de résolution des litiges. Au-delà du processus de résolution stricto sensu, il apparaît que des mécanismes, peut-être moins singuliers mais plus fondamentaux, généralement suffisent à l'élaboration d'une solution. Il s'agit de filtres préalables à l'intervention d'un tiers neutre comme les services d'aide à la clientèle, les mécanismes de formulation et de gestion des plaintes ainsi que le passage par une phase de négociation.

Accessibilité de la plate-forme : implications financières...

Il est essentiel de garantir un accès le plus large possible à la plate-forme. Ceci implique la gratuité, voire un coût modéré, pour les parties et donc un business model reposant sur une participation financière active de l'Etat, comme en témoignent d'autres initiatives européennes (Médiateur du Net, OAT). En parallèle, il convient de souligner le fait que derrière la création de la plate-forme en tant que telle, un certain nombre de décisions stratégiques et techniques doivent être prises, lesquelles sont largement tributaires des moyens financiers qui seront susceptibles d'être alloués. En guise d'exemples, citons la rémunération des médiateurs, le recours à des formulaires de plaintes sophistiqués, les dispositifs techniques en matière de sécurité informatique, la promotion du projet, etc.

Recours à un panel de médiateurs...

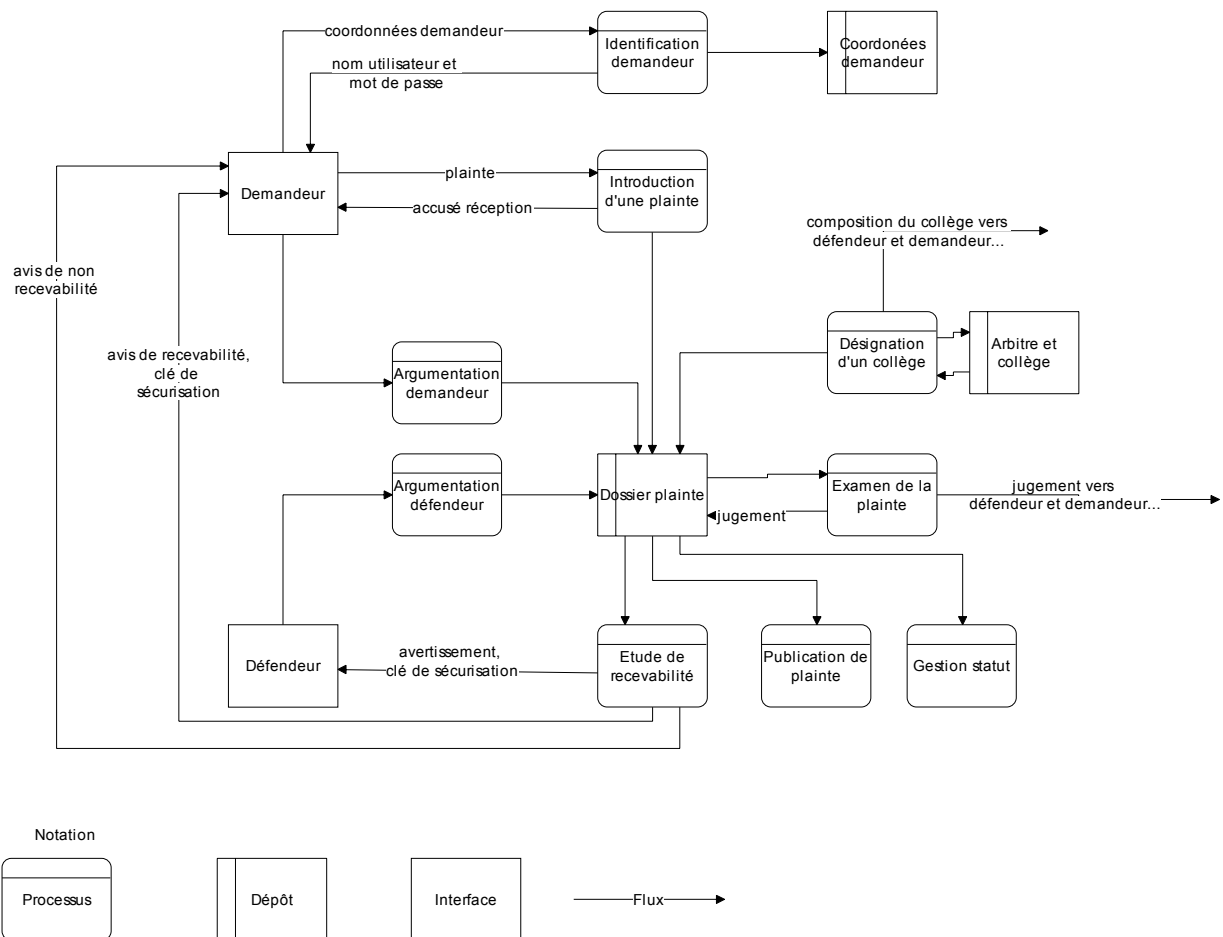
La diversité des opérations pour lesquelles une plainte peut être adressée à la plate-forme détruit l'idée selon laquelle un panel de médiateurs, interne à la plate-forme et donc nécessairement restreint, pourrait résoudre l'ensemble des conflits. Dans cette optique, il convient de privilégier une voie externe, c'est-à-dire le recours à des panels ou commissions de médiateurs dont l'existence est totalement indépendante de la plate-forme. A cet effet, il importe de déterminer les modalités pratiques de collaboration entre plate-forme et panels de médiateurs et surtout de tenir compte du nouveau système d'agrément mis en place par la loi du 21 février 2005.

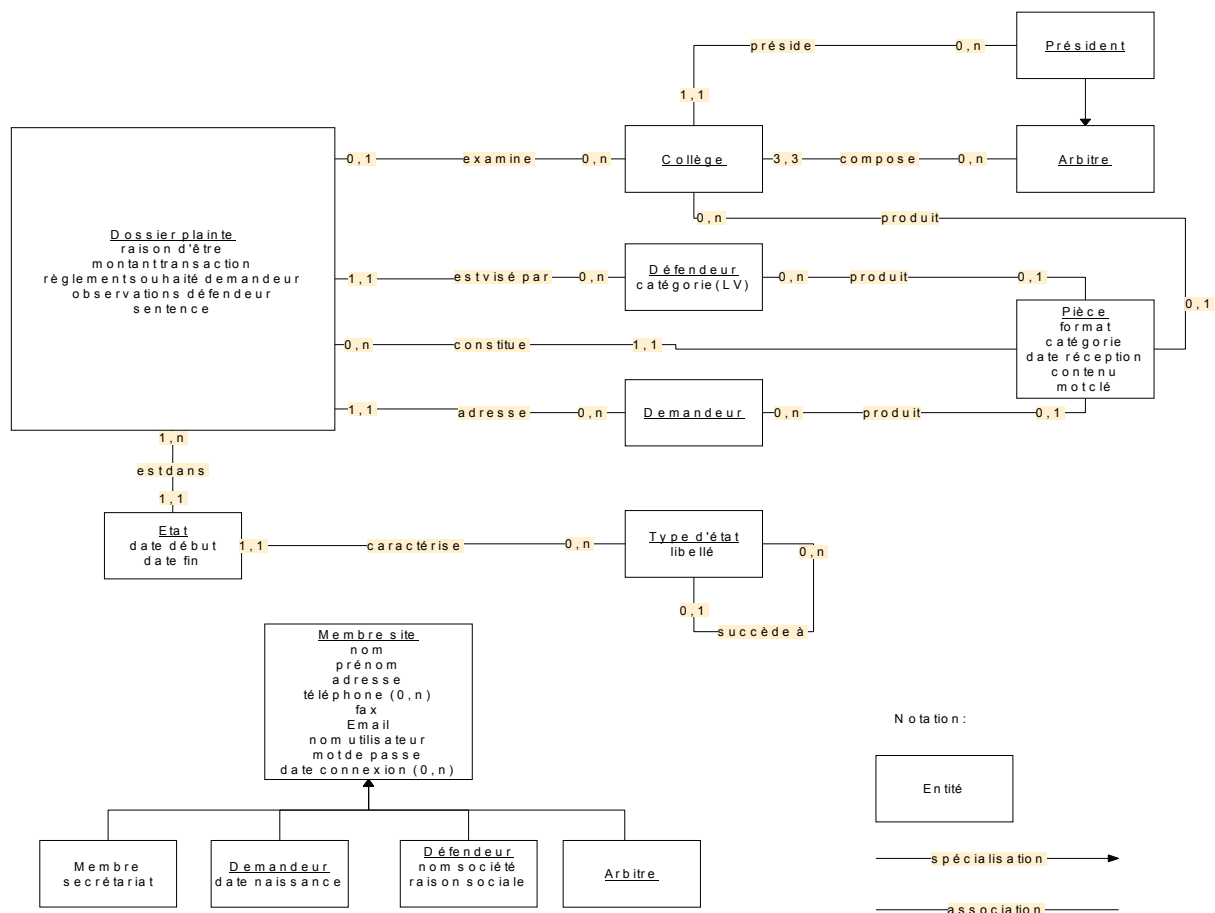
Pour plus d'informations, nous invitons le lecteur à consulter les conclusions formulées à l'issue de chaque chapitre.

10 ANNEXES

10.1 FLUX ET DIAGRAMME DES DONNÉES

Nous présentons ci-après une schéma typique de flux de données dans le cadre d'un ODR pratiquant l'arbitrage.





10.2 GRILLE D'ANALYSE DES SOLUTIONS ODR

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
	123Settle	American Arbitration Association	Camera Arbitrale di Milano	CyberSettle	Dispute Manager	Ecodir	Eurochambres	iCourthouse	Intersettle	Médiateur du Net
Fonctionnalités de bases										
viser le règlement et l'accepter	V	V	V	V	V	V	V	+/-	?	V
Créer un compte utilisateur de la partie plaignante	V	V	V	V	V	V	?	?	?	V
Vérifier éventuellement les identités eID	X	+/-	?	X	+/-	V	?	X	?	V
Certification de l'eID	X	X	?	X	X	V	?	X	?	X
Création d'une "plainte" et désignation des parties	V	V	V	V	V	V	V	V	?	V
Vérification de l'eID de la partie adverse	X	V	?	X	V	V	?	X	?	V
Envoi d'une invitation à négocier	V	V	V	V	V	V	V	X	?	V
Envoi au plaignant d'un accusé d'envoi	?	V	V	?	V	V	V	X	?	V
Création éventuelle d'un eID d'une partie	V	V	V	V	V	V	?	V	?	V
réception d'un accusé de réception	?	V	V	?	V	V	V	V	?	V
réception de la réponse de cette partie	?	V	V	?	V	V	V	V	?	V
Entame de la phase de négociation	V	V	V	V	V	V	V	X	?	V
ping-pongs éventuels	X	V	V	X	V	V	V	X	?	V
entérinement d'un accord et envoi aux parties	?	V	V	V	V	V	V	X	?	V
Sauvegarde de l'accord (revirements éventuels)	?	?	V	?	V	V	?	X	?	V
Réception d'une demande d'un médiateur	V	V	V	V	V	V	V	X	?	V
système de désignation/choix d'un médiateur	?	V	V	V	V	V	V	X	?	V
proposition d'accord par le médiateur	?	V	V	V	V	V	V	X	?	V
réception des décisions des parties	?	V	V	?	V	V	V	X	?	V

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
	123Settle	American Arbitration Association	Camera Arbitrale di Milano	CyberSettle	Dispute Manager	Ecodir	Eurochambres	iCourtHouse	InterSettle	Médiateur du Net
En cas d'accord, enregistrement de l'accord	?	?	V	?	V	V	?	X	?	V
recommandations aux parties par le médiateur	?	?	V	?	V	V	V	X	?	V
Gestion d'une procédure d'arbitrage	V	V	V	V	+/-	X	?	V	?	X
Fonctionnalités attendues										
Gestion des niveaux d'autorisation	?	?	?	?	?	V	?	?	?	?
Gestion des divers droits d'accès	X	?	?	?	?	V	?	?	?	?
Création ou gestion des identités électroniques	X	X	?	X	X	V	X	?	?	V
Cryptage des données échangées	+/-	+/-	+/-	+/-	X	V	?	X	?	X
gestion des langues dans le système	X	X	V	X	X	V	?	X	?	X
Identification claire des innovations proposées	X	+/-	X	X	X	X	X	X	?	X
Système de validation des résultats	X	X	?	V	X	X	X	X	?	X
vérification des données entrées par les utilisateurs	?	?	?	V	X	?	?	X	?	V
vérification des actions des acteurs	?	V	?	+/-	V	?	?	X	?	?
Stockage et archivage des documents produits	?	?	V	?	V	V	?	V	?	V
vérification d'un échéancier automatisé	X	?	?	X	?	?	?	?	?	?
Durées des processus/gestion des délais	X	V	?	X	V	+/-	?	?	?	?
Système de guidage du plaignant	X	V	V	X	V	?	X	V	?	V
Présentation au plaignant du processus adapté	X	V	?	X	V	X	X	X	?	?
Forum de discussion	X	V	V	X	X	X	X	X	?	X

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
	123Settle	American Arbitration Association	Camera Arbitrale di Milano	CyberSettle	Dispute Manager	Ecodir	Eurochambres	iCourtHouse	InterSettle	Médiateur du Net
Possibilité de vidéo conférence	X	?	?	X	X	X	X	X	?	X
Gestion des paiements de frais éventuels	V	?	V	V	V	?	V	X	?	X
Blind bidding	V	?	X	V	V	X	X	X	?	X
chatting	X	X	V	X	X	X	X	X	?	X
Possibilité de construction d'arbres de décisions	X	X	?	X	X	X	X	X	?	X
Anonymisation du plaignant	X	?	?	X	X	V	X	X	?	X
formulaire de relais vers ADR existant	X	V	V	X	X	?	X	X	?	?
Création de pages d'informations et d'aide en ligne	X	V	V	X	V	V	V	X	?	V
Fonctions statistiques sur les dossiers introduits	?	?	?	?	?	?	?	?	?	?
Prise en charge manuelle d'un litige non cadré	V	V	V	V	V	V	?	X	?	V
Critères liés au matériel										
Plateforme du système serveur	ASP	ASP	JSP	ASPX	ASP	ASP	?	?	PHP	PHP
OS à installer sur le serveur	Win	Win	Win	Win	Win	Win	?	?	ANY	ANY
Critères liés à la politique à adopter										
système open source	X	X	?	X	X	X	?	X	?	?
"opérateurs" extérieurs de certification d'identité	X	?	X	X	X	V	?	X	?	X
Modification autorisée de parties du code	?	?	?	?	?	?	?	?	?	?
communauté minimale (utilisation ou construction)	X	V	?	V	?	X	X	X	X	V

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
	123Settle	American Arbitration Association	Camera Arbitrale di Milano	CyberSettle	Dispute Manager	Ecodir	Eurochambres	iCourtHouse	InterSettle	Médiateur du Net
propriété intellectuelle des parties du système	?	?	?	?	?	?	?	?	?	?
Redistributivité du produit	?	?	?	?	?	?	?	?	?	?
Critères d'actualité ...										
Semble intéressant ?	non	oui	oui	oui	non	oui	non	non	non	oui
Fonctionne actuellement	+/-	V	+/-	V	+/-	+/-	X	V	X	V
Année de dernière mise à jour apparante	2000	2006	2003	2006	2002	2005	2006	2003	2006	2006

	11	12	13	14	15	16	17	18	19
	ODR.NL	ODRWorld	Onlineresolution	SmartSettle	Squaretrade (e-Bay)	The Claim Room - The Mediation room	The Virtual Magistrate	Watchdog Dispute resolution	WorkPlace Mediation
Fonctionnalités de bases									
viser le règlement et l'accepter	V	V	V	+/-	V	V	V	V	V
Créer un compte utilisateur de la partie plaignante	V	V	V	V	V	V	V	V	V
Vérifier éventuellement les identités eID	V	?	?	V	V	V	+/-	V	V
Certification de l'eID	V	X	?	?	V	V	X	V	V
Création d'une "plainte" et désignation des parties	V	V	V	V	V	V	V	V	V
Vérification de l'eID de la partie adverse	V	?	?	?	V	V	V	?	V
Envoi d'une invitation à négocier	V	V	V	V	V	V	V	?	V
Envoi au plaignant d'un accusé d'envoi	V	V	?	V	V	V	V	?	V
Création éventuelle d'un eID d'une partie	V	V	V	V	V	V	V	?	V
réception d'un accusé de réception	V	V	?	V	V	V	V	?	V
réception de la réponse de cette partie	V	V	?	V	V	V	V	?	V
Entame de la phase de négociation	V	V	V	V	V	V	V	?	V
ping-pongs éventuels	?	V	V	?	V	V	V	?	?
entérinement d'un accord et envoi aux parties	V	V	V	V	V	V	V	?	V
Sauvegarde de l'accord (revirements éventuels)	V	V	?	?	V	V	?	?	V
Réception d'une demande d'un médiateur	V	V	V	V	V	V	V	X	V
système de désignation/choix d'un médiateur	V	V	V	?	V	V	V	X	V
proposition d'accord par le médiateur	V	V	V	?	V	V	V	X	V
réception des décisions des parties	V	V	?	?	V	V	V	X	V

	11	12	13	14	15	16	17	18	19
	ODR.NL	ODRWorld	Onlineresolution	SmartSettle	Squaretrade (e-Bay)	The Claim Room - The Mediation room	The Virtual Magistrate	Watchdog Dispute resolution	WorkPlace Mediation
Possibilité de vidéo conférence	?	X	X	X	X	?	?	X	?
Gestion des paiements de frais éventuels	V	V	?	V	?	?	?	X	?
Blind bidding	X	V	X	?	X	X	?	X	?
chatting	X	V	X	?	X	?	X	X	?
Possibilité de construction d'arbres de décisions	X	X	X	X	?	X	X	X	X
Anonymisation du plaignant	X	X	X	X	X	X	?	?	?
formulaire de relais vers ADR existant	?	X	?	?	X	X	V	X	?
Création de pages d'informations et d'aide en ligne	V	V	?	V	V	V	V	V	V
Fonctions statistiques sur les dossiers introduits	?	V	?	?	?	?	?	?	?
Prise en charge manuelle d'un litige non cadré	X	V	V	V	V	X	V	V	V
Critères liés au matériel									
Plateforme du système serveur	Java	PHP	PHP	PHP	Java	LXP	ASP	PHP	PHP
OS à installer sur le serveur	ANY	ANY	ANY	ANY	?	?	Win	ANY	ANY
Critères liés à la politique à adopter									
système open source	X	?	?	X	X	X	X	?	?
"opérateurs" extérieurs de certification d'identité	X	X	X	X	V	X	?	X	X
Modification autorisée de parties du code	?	?	?	?	?	?	?	?	?
communauté minimale (utilisation ou construction)	X	?	X	?	V	V	V	?	V

	11	12	13	14	15	16	17	18	19
	ODR.NL	ODRWorld	Onlineresolution	SmartSettle	Squaretrade (e-Bay)	The Claim Room - The Mediation room	The Virtual Magistrate	Watchdog Dispute resolution	WorkPlace Mediation
propriété intellectuelle des parties du système	?	?	?	?	?	?	?	?	?
Redistributivité du produit	?	?	?	?	?	?	?	?	V
Critères d'actualité ...									
Semble intéressant ?	non	oui	non	non	oui	oui	oui	non	oui
Fonctionne actuellement	?	V	X	?	V	V	V	V	V
Année de dernière mise à jour apparante	2002	2004	2004	2005	2006	2001	2006	2006	2005